Das

# Pfändungspfandrecht

und der

## Interventionsproceß nach preußischem Recht

unter Berücksichtigung

des gemeinen und rheinischen Rechts

systematisch und kritisch erörtert

von

**Theodor Hessel,**

Wirkl. Geh. Oberjustizrath und Kammergerichts-Senatspräsident a. D.

Berlin, 1897.

Verlag von Franz Vahlen.

W, Mohrenstraße 13/14.

# Das Pfändungspfandrecht

und der

# Interventionsproceß nach preußischem Recht

unter Berücksichtigung

des gemeinen und rheinischen Rechts

systematisch und kritisch erörtert

von

**Theodor Hessel,**

Wirkl. Geh. Oberjustizrath und Kammergerichts-Senatspräsident a. D.

Berlin, 1897.

Verlag von Franz Vahlen.

W, Mohrenstraße 13/14.

# Vorrede.

Eine von mir bereits im Jahre 1883 verfaßte Abhandlung über den Interventionsproceß in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Gebiete des preuß. A.L.R. ist in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts von Dr. Gruchot (Band XXVIII S. 83 bis 179) im Jahre 1884 zum Abdruck gelangt.

Die Lehre von der Widerspruchsklage nach § 690 C.P.O. war damals schon eine mehrfach umstrittene. Ihre Klärung hing von der Beantwortung der für die Natur des neu geschaffenen Pfändungspfandrechts maßgebenden streitigen Frage ab, ob der Gerichtsvollzieher dem Pfändungsgläubiger als Mandatar oder lediglich als Beamter gegenüber stehe. Darnach mußten meine damaligen Ausführungen nach beiden Seiten hin einen hypothetischen Charakter an sich tragen.

Inzwischen ist die Frage durch den Beschluß der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 10. Juni 1886 zu Gunsten des Mandatsverhältnisses beantwortet, und sind auch die übrigen Streitpunkte durch eine reichhaltige Literatur und zahlreiche Präjudicate des Reichsgerichts in der Hauptsache wohl erschöpfend erörtert worden. Es erscheint daher gegenwärtig gerechtfertigt, den hinsichtlich der Natur des Pfändungspfandrechts und des Interventionsprocesses in einzelnen Monographien und Präjudicaten zerstreuten Stoff zu sammeln und in der Hauptsache von dem Standpunkte des preußischen Rechts aus, jedoch unter Berücksichtigung des gemeinen und auch des rheinischen Rechts, kritisch zu beleuchten.

Dieser Versuch hat auch einen nicht blos vorübergehenden Werth, da nach den Erörterungen im letzten Abschnitte dieser Schrift das mit dem 1. Januar 1900 in Kraft tretende Bürgerliche Gesetzbuch, das lediglich durch die C.P.O. begründete Pfändungspfandrecht und die processuale Natur die Widerspruchsklage, abgesehen von der materiellen Klagebegründung, nicht berührt, und daher nicht beeinflussen wird.

Obwohl ich vor länger als Jahresfrist in Ruhestand getreten und damit der Theilnahme an der Rechtsprechung entrückt bin, habe ich die vorbezeichnete Aufgabe im Rückblick auf meine bis dahin fortgesetzte langjährige practische Thätigkeit zu lösen versucht.

Meine früheren, in der vorliegenden Arbeit mehrfach berichtigten Ausführungen, haben jetzt zum Theil nur einen rein historischen Werth. Sie betreffen andererseits auch mehr detaillirte practische Gesichtspunkte, namentlich rücksichtlich der Interventionsansprüche der Ehefrauen.

Darnach ist diese schon ihrem Umfange nach zur Aufnahme in eine Zeitschrift nicht geeignete Schrift nicht eigentlich eine Fortsetzung meiner früheren Abhandlung, sondern eine in sich abgeschlossene selbständige Arbeit.

Außer einer Uebersicht über die auszugsweise mitgetheilte reichhaltige Doctrin habe ich auch ein möglichst vollständiges Bild der Judicatur des Reichsgerichts unter Wiedergabe der maßgebenden Gesichtspunkte zu bieten versucht.

Dabei habe ich mir jedoch nach zwei Seiten hin Beschränkungen auferlegen müssen. Es war nicht ausführbar, die mehr oder minder kurzen, überdies zum Theil nur resümirenden Bemerkungen der zahlreichen Kommentatoren der C.P.O. über den Kommentar von v. Wilmowski und Levy hinaus vollständig wiederzugeben.

Ebenso konnte ich lediglich die verschiedenen Kategorieen der Widerspruchsklagen erschöpfend behandeln und rücksichtlich der

Begründung, namentlich der Eigenthums- und Besitzrechtsklagen, nur erläuternd auf das materielle Recht hinweisen. Der Anfechtungs- und der Simulationseinwand des Beklagten ist eingehend erörtert.

Hiermit sei diese Schrift, welche hoffentlich den Praktikern zur Information nicht unerwünscht ist, der wohlwollenden Kritik empfohlen.

Leipzig, im Dezember 1896.

**Theodor Nessel.**

## Erläuterungen der wichtigsten Abkürzungen.

A.L.R. = Preußisches Allgemeines Landrecht.

Bürg. Gesetzb. = Bürgerliches Gesetzbuch.

Busch Zeitschrift. = Zeitschrift für deutschen Civilproceß.

C.P.O. = Deutsche Civilproceßordnung.

Eccius Privatrecht. = Theorie und Praxis des heutigen preußischen Privatrechts von Dr. Foerster und Dr. Eccius. 5. Auflage.

Entsch. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Grünhut Archiv. = Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart.

Gem. Recht. = Gemeines Recht.

G.V.G. = Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz.

Hahn = Die gesammten Materialien zur C.P.O.

J.W. = Juristische Wochenschrift. Organ des Anwaltsvereins.

H.G.B. = Handelsgesetzbuch.

Kommentar v. Wilmowski u. L. = Kommentar zur Civilproceßordnuug von Dr. v. Wilmowski und Levy. 7. Auflage.

R.K.O. = Reichskonkursordnung.

Rassow u. K. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Striethorst Archiv. = Entscheidungen des Obertribunals, herausg. von Striethorst.

# Inhaltsübersicht.

## I. Die rechtliche Natur des Pfändungspfandrechts.

Nach der Begründung des Entwurfs der C.P.O. (Hahn, S. 420) ist dem Executionssucher im Interesse der Beschleunigung und zur intensiveren Wirkung der Pfändung beweglicher Vermögensstücke des Schuldners in fast durchgängiger Abweichung von den früher geltenden Rechten im § 709 C.P.O. ein Pfandrecht an den Pfandstücken behufs vorzugsweiser Befriedigung aus dem Erlöse derselben verliehen worden. Es sollten fernerhin dem wachsamen Gläubiger nicht mehr die Früchte seiner Wachsamkeit durch den Beitritt anderer Gläubiger und verhältnißmäßige Theilnahme derselben am Erlöse der Pfandstücke geschmälert werden.

Die vorzugsweise Befriedigung des Executionssuchers galt damals nur nach dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche und dem hessischen Pfandgesetze.

In Preußen seit der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, in Bayern, Württemberg, Baden und nach rheinischem Recht gewährte die Mobiliarpfändung weder ein Pfand- noch ein Vorzugsrecht. In den Rechtsgebieten des gem. Rechts gab bestrittenermaßen die Pfändung kein Pfand aber ein Vorzugsrecht (Olshausen, Einsprüche Dritter S. 20 und Kahn, Archiv für civilist. Praxis Bd. 70 S. 442, Anm. 46).

Nunmehr steht allerdings fest, daß der Executionssucher nach der C.P.O. ein Pfandrecht mit dem Anspruche auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse erwirbt. Ueber die rechtliche Natur dieses Pfandrechts besteht jedoch Streit.

Der § 709 Abs. 2 l. c. lautet:

»Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall des Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind.«

Die Streitfrage geht dahin, ob das Pfändungspfandrecht ein wirkliches Faustpfandrecht ist und darnach der Executionssucher durch den für ihn detinirenden Gerichtsvollzieher den Besitz der Pfandstücke erlangt, oder ob das Pfändungspfandrecht nur ein singuläres Pfandrecht ohne Besitz seitens des Gläubigers mit den Wirkungen des Faustpfandsrechts Dritten gegenüber ist.

Der § 40 der R.K.O. spricht denjenigen, welche an einer beweglichen körperlichen Sache ein Faustpfandrecht haben, eine abgesonderte Befriedigung aus dem verpfändeten Gegenstande zu.

Der § 41 der R.K.O. lautet:

»Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:

9. diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.«

Der § 14 des Einführungsgesetzes zur R.K.O. giebt eine Erläuterung des Begriffs des Faustpfandrechts gemäß § 40 der R.K.O. dahin, daß ein Faustpfandrecht im Sinne dieses Paragraphen an beweglichen Sachen nur dann besteht, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.

Die Gegenüberstellung der §§ 40 u. 41 l. c. ergiebt schon, daß das Pfändungspfandrecht im Sinne der R.K.O. kein Faustpfandrecht ist; denn der § 41 stellt die sub 1—9 genannten Gläubiger den Faustpfandgläubigern nur gleich.

Die vorgenannten Personen haben nicht sämmtlich bewegliche Sachen in ihrem Gewahrsam. Hiernach spricht die R.K.O. direct gegen den Pfandbesitz des Gläubigers.

Sehr eingehend hat der Amtsrichter Rudolph im Jahre 1882 (Ihering'sche Jahrbücher Bd. 20 S. 311—410) nach den Motiven die Wirkung des Pfändungspfandrechts für die einzelnen Gebiete der Landesrechte erörtert. Darnach enthielt der § 709 als § 658 des Entwurfs nur das Wort »Pfandrecht« und nicht den Ausdruck »Faustpfandrecht«.

Die jetzige Fassung verdankt der § 709 dem von der Kommission angenommenen Antrage Struckmanns, in Stelle des Worts Pfandrecht im Contexte des Paragraphen Faustpfandrecht zu setzen. Er erklärt, daß sein Antrag auf dem Boden des Entwurfs stehe, und nur bezwecke, den Gedanken des Faustpfandrechts noch mehr hervorzuheben und mit der Konkursordnung in Einklang zu bringen. Der Reichscommissar Hagens bemerkte zustimmend, daß dadurch die Uebereinstimmung des Entwurfs mit der Konkursordnung herbeigeführt sei.

Diese Aeußerungen bestätigen, daß Struckmann nicht die Begründung eines selbständigen Faustpfandrechts, sondern nur die Gleichstellung eines solchen mit dem Pfändungspfandrecht im Sinne der R.K.O. beabsichtigt hat.

Daraus folgt, daß der Pfändungsgläubiger nicht als Faustpfandbesitzer anzusehen ist, sondern einem solchen nur gleichgestellt erscheint. Die Frage, ob der Pfändungsgläubiger durch die Besitzergreifung der Pfandstücke seitens des Gerichtsvollziehers Pfandbesitz erlangt, ist wesentlich von der Beantwortung der anderen Controverse abhängig gemacht worden, ob der Gerichtsvollzieher lediglich als Beamter, oder zugleich als Mandatar des Gläubigers pfände.

Ich bin heute entschieden der Ansicht, daß diese beiden Fragen getrennt von einander zu beantworten sind, und daß dieselben sich ihrer Lösung nach nicht beeinflussen. In meiner früheren Abhandlung habe ich mit Eccius gegen den Pfandbesitz des Gläubigers mich erklärt, allerdings nur weil ich mit jenem das Mandatsverhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Pfändungsgläubiger verneinte. Ich erkenne heute den Pfandbesitz des Gläubigers nicht an, wenn man auch mit dem Plenarbeschlusse des Reichsgerichts den Gerichtsvollzieher als den Beauftragten des Gläubigers ansieht.

Dieser Beschluß erging ressortmäßig zur Ausgleichung der Meinungsverschiedenheit zwischen zwei Civilsenaten.

Der III. C.S. d. R.G. hatte in dem Urtheil vom 5. Juni 1883 (Entsch. IX 360) angenommen, daß der Gerichtsvollzieher als Beauftragter des Gläubigers anzusehen sei.

Der IV. C.S. hatte dagegen in dem Urtheile vom 17. November 1883 (Entsch. X 233) ausgesprochen, daß die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers auch dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber lediglich nach der Staatsbeamteneigenschaft des Gerichtsvollziehers zu beurtheilen sei.

Als der IV. C.S. in einem gleichartigen Regreßprocesse gegen einen Gerichtsvollzieher an der vorgedachten Ansicht festhalten wollte, verneinte der Plenarbeschluß der vereinigten Civilsenate vom 10. Juni 1886 (Entsch. XVI 397) die dahin formulirte Frage:

> »Haftet der Gerichtsvollzieher für den Schaden, welchen er durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines Zwangsvollstreckungsauftrages dem Gläubiger verursacht, im Geltungsbereiche der §§ 88 ff. A.L.R. II 10 nur subsidiär?«

In der Begründung dieses Beschlusses wird nicht verkannt, daß der Gerichtsvollzieher unzweifelhaft Staatsbeamter sei. Dennoch wird er als Mandatar des Gläubigers angesehen, der nach der Wortfassung des Gesetzes nicht einen Antrag auf, sondern einen Auftrag zur Zwangsvollstreckung von der Partei erhalte, welche unter Umständen Dritten gegenüber für den durch den Gerichtsvollzieher in Ausführung der aufgetragenen Handlung verursachten Schaden verantwortlich sei.

Es werden im einzelnen die Modificationen näher erörtert, welche sich aus dem Beamtenverhältnisse des Gerichtsvollziehers ergeben. Anerkannt wird, daß die auf Betreiben der Partei erfolgende Zwangsvollstreckung ein Act der vollziehenden Staatsgewalt bleibe. Das Mandatsverhältniß wird dadurch jedoch nicht für ausgeschlossen erachtet, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung selbst nicht bewirken könne, weil der Vertreter für den Vertretenen Handlungen vornehmen könne, zu welchen dieser selbst nicht befähigt sei. Der Einsender des Urtheils weist dabei in einer Anmerkung auf Wachs Handbuch des Civilprocesses Bd. I S. 322 Note 28 hin.

Ausdrücklich wird in der Begründung bemerkt, daß jedoch in diesem Auftragsverhältnisse nicht eine unbeschränkte Vertretung des Gläubigers seitens des Gerichtsvollziehers liege, da die C.P.O. bestimme, in welchem Umfange der Gerichtsvollzieher durch den Auftrag der Partei zu deren Vertretung legitimirt sei.

Es wird auch darauf Gewicht gelegt, daß diese Auffassung des Verhältnisses zwischen dem Gerichtsvollzieher und der Partei dem französischen Proceßrechte entspreche, aus welchem das Gerichtsvollzieherverhältniß, wenn auch in beschränkterem Umfange, in die Civilprozeßordnung übertragen worden sei.

Auf die Plenarentscheidung des Reichsgerichts dürfte allerdings diese historische Entwickelung des Gerichtsvollzieherinstituts in Frankreich wesentlich eingewirkt haben, da auf das bloße Wort Auftrag statt Antrag die Mandatstheorie sich systematisch kaum ausreichend stützen läßt.

Wiewohl außer von Eccius, wie später zu erwähnen, auch von Hellmann (Gerichtsvollzieherzeitung 1888 Nr. 22, 23, 24) und von Schrutka-Rechtenstamm (Grünhuts Archiv Bd. 16 S. 677) Einwendungen gegen diesen Beschluß erhoben worden sind, erscheint es durchaus angemessen, nunmehr bei der weiteren Erörterung von Gegengründen Abstand zu nehmen.

Die Praxis muß, wie dies thatsächlich geschieht, dem Gewichte dieses Beschlusses sich unterwerfen, und nur dafür einstehen, daß aus der Annahme der Mandatstheorie nicht Consequenzen gezogen werden, welche über die von dem Reichsgericht selbst gesteckten Grenzen hinausreichen.

Dahin gehört die Folgerung, daß der Pfändungsgläubiger dann auch als Pfandbesitzer rücksichtlich der Pfandstücke angesehen werden müsse.

Eine zutreffende Consequenz hebt dagegen Jastrow (Archiv für civilist. Praxis Bd. 68 S. 371) dahin hervor, daß bei Annahme des Mandatsverhältnisses gemäß § 410 C.P.O. Eideszuschiebungen an den Gläubiger über Handlungen und Wahrnehmungen des Gerichtsvollziehers zulässig seien.

Zutreffend hat auch der IV. C.S. des R.G. in dem Urtheil vom 19. Dec. 1887 (Entsch. XX 388) in einem Processe der Partei gegen den von ihr beauftragten Gerichtsvollzieher auf Herausgabe des demselben ausgeantworteten Schuldtitels nach § 509 Abs. 2 C.P.O. bei einem Objecte unter 1500 Mk. die Revision für unstatthaft erklärt, weil es sich lediglich um einen Anspruch aus dem Mandats- und nicht aus dem Beamtenverhältnisse im Sinne des § 70 G.V.G. und des § 39 Nr. 3 des preußischen Ausführungsgesetzes handelte.

Dem Gläubiger haftet der beauftragte Gerichtsvollzieher nach dem Plenarbeschluß für Versehen, welche er bei der Ausführung des Auftrags begeht, stets unmittelbar aus dem Mandat, Dritten gegenüber nur als Beamter und daher nach den §§ 88 u. folg. II. 10. A.L.R. nur subsidiär.

Unzutreffend ist es jedoch, wenn aus dem Mandatsverhältnisse abgeleitet wird, daß der Gerichtsvollzieher die zu Folge des Auftrags gepfändeten Sachen Namens des Gläubigers detinire und dadurch dem Gläubiger den Pfandbesitz erwerbe.

Aus der C.P.O. ist das nicht zu entnehmen. Es stände sogar nach obiger Ausführung im Widerspruch mit dem Gesetzestext und den Motiven, wonach der Gläubiger nicht ein wirkliches Faustpfandrecht, sondern nur ein Pfandrecht erwirbt, welches in seinen Wirkungen anderen Gläubigern des Schuldners gegenüber einem vertragsmäßigen Faustpfandrecht gleichgestellt ist.

Der Gerichtsvollzieher darf niemals die Pfandstücke dem Executionssucher ausantworten und in Verwahrung geben. Die §§ 66 bis 71 der Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 14. Juli 1876 ergeben die Art und Weise, wie der Gerichtsvollzieher

die Pfandstücke nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen unabhängig von den Anträgen des Gläubigers unterzubringen und in Obhut zu nehmen hat.

Der Gläubiger kann nach § 77 der Instruction nur die Belassung der Pfandstücke in den Händen des Schuldners auf seine Gefahr beantragen.

Im Uebrigen bestimmt der Absatz des § 66 l. c.:

»Der Gerichtsvollzieher ist verpflichtet, für die sichere Unterbringung und Verwahrung, sowie nöthigenfalls für die Erhaltung der Pfandstücke bis zur Verwerthung zu sorgen.«

Hiernach ist nicht bloß die Besitzergreifung der Pfandstücke, sondern auch deren Verwahrung eine amtliche Pflicht des Gerichtsvollziehers, für deren Erfüllung er dem Gläubiger allerdings civilrechtlich als Mandatar, und dem Schuldner als Beamter haftet.

Gegen den Pfandbesitz des Gläubigers hat sich auch Reichsgerichtsrath Rehbein (Bd. I S. 675 seiner Entscheidungen des vormaligen Obertribunals) vor dem Plenarbeschlusse des Reichsgerichts, abgesehen von dem Falle des § 769 C.P.O., der Pfändung einer herauszugebenden Sache, dahin ausgesprochen:

»Der Gläubiger will auch keinen Besitz, er giebt dazu auch keine Vollmacht und keinen Auftrag, da in dem nach § 675 C.P.O. formulirten Auftrage von Besitzerwerb nicht die Rede ist. Er will Befriedigung durch Verkauf, den der Gerichtsvollzieher, wie früher der Executor, kraft öffentlichen Amtes vornimmt. Diese Amtshandlung öffentlicher Dienstleistung ist Inhalt des Auftrags, nicht der Vollmacht. Das Pfandrecht, welches die C.P.O. dem Gläubiger wohlweislich nicht als Faustpfand, sondern, wie § 41 Nr. 9 der R.K.O., der bei Annahme des Faustpfands keine Bedeutung hätte, mit der Wirkung eines Faustpfandes gegen andere Gläubiger giebt, § 709 C.P.O., ist die Rechtsformel für die Begründung der vorzugsweisen Befriedigung des ersten Gläubigers vor den Nachpfändern, welche Pfandrecht und Besitz ebensowenig erfordert, wie das Pfandrecht des Hypothekars, welches ohne Besitz durch die Eintragung entsteht, welcher Eintragung die Aufnahme des Pfändungsprotokolls (§§ 682. 727 C.P.O) insofern gleichsteht, als ohne diese auch das Pfändungspfandrecht nicht entsteht, woraus folgt, daß der Besitz nicht das entscheidende Moment sein kann.«

An dieser Auffassung, daß der Pfändungsgläubiger Besitz an den Pfandstücken weder erwerben will noch erwirbt, ist auch unter den Gesichtspunkten des inzwischen ergangenen Plenarbeschlusses des Reichsgerichts hinsichtlich eines bestehenden Mandatsverhältnisses zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger festzuhalten. Denn der Auftrag ist außerhalb des Falles des § 769 C.P.O. nicht auf Besitzerwerb gerichtet, sondern nach den §§ 675 und 676 l. c. unter Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung nur auf Empfangnahme der dem Schuldner durch das Urtheil auferlegten Leistungen oder Zwangsvollstreckung. Selbst wenn der Gläubiger der Pfändung beiwohnt, oder überhaupt, wozu er befugt ist, den Gerichtsvollzieher auf besonders zur Pfändung geeignete Objecte hinweist, ergreift der Gerichtsvollzieher nicht in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter für den Gläubiger, sondern amtlich Besitz, behufs der Versteigerung der gepfändeten Gegenstände. Der Schuldner bleibt juristischer Besitzer der von dem Gerichtsvollzieher amtlich detinirten Pfandstücke. Den Usucupionsbesitz setzt der Schuldner fort. Derselbe kann auch die gepfändeten Sachen vorbehaltlich des Pfändungspfandrechts veräußern und durch Anweisung an den Gerichtsvollzieher übergeben, da dieser nicht für den Gläubiger, sondern für den Schuldner detinirt.

Dahin muß ich meine frühere Aeußerung, daß die Mandatstheorie der Möglichkeit der Uebergabe durch Anweisung entgegenstehe, berichtigen.

Eccius hat sich in der 5. Auflage seines Privatrechts vor dem Plenarbeschlusse des Reichsgerichts entschieden gegen die Vereinbarkeit der Mandatstheorie mit der Beamteneigenschaft des Gerichtsvollziehers erklärt und in der 6. Auflage (Bd. II S. 312 Anm. 17) auch nach dem Plenarbeschlusse an seiner früheren Ansicht festgehalten.

Er vermißt in der Begründung des Beschlusses jede Bezugnahme auf Tit. 13 Theil I A.L.R. und den Nachweis der Vereinbarkeit des festgestellten Rechtssatzes mit dem § 18 dieses Titels. Dem Auftrage des Executionssuchers an den Gerichtsvollzieher legt er, wie für das gem. Recht auch Endemann zu § 675, einen Vertrag über Handlungen zu Grunde.

Zum Schluß bemerkt Eccius:

»Jedenfalls wird die Praxis gut thun, den Plenarbeschluß nicht über den angenommenen Satz hinaus zu erstrecken, und zu erwägen, daß das Reichsgericht selbst nicht annimmt, daß der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung als Vertreter des

Gläubigers handele. Hiernach wird insbesondere eine dem Gerichtsvollzieher in dieser Zeit beiwohnende mala fides nicht als Kenntniß oder mala fides des Gläubigers angesehen werden können, auch wird nicht anzunehmen sein, daß der amtliche Besitz des Gerichtsvollziehers an dem Pfand der Besitz des Gläubigers sei.«

Bd. II der 6. Aufl. § 141 Anm. 17 u. 32 und § 161 Anm. 50 und Bd. III § 157 Anm. 46 wiederholt Eccius seine frühere Ausführung, daß der Schuldner im Ersitzungsbesitz bleibe, und der Gerichtsvollzieher sich nur in einem sequestrationsähnlichen Gewahrsam der Pfandstücke befinde, und zwar auch, wie er zutreffend bemerkt, von dem Standpunkt des Plenarbeschlusses des Reichtsgerichts aus.

Mit dem Satze, daß die mala fides des Gerichtsvollziehers niemals dem Executionsgläubiger zuzurechnen sei, scheint Eccius jedoch die Mandatstheorie zu weit einzuschränken.

Die amtlichen Handlungen, welche der Gerichtsvollzieher in Ausführung des Auftrags vornimmt, sind dem Gläubiger gegenüber, wie oben gedacht, nach den Grundsätzen des Mandats zu beurtheilen. Ich wiederhole daher meine frühere Ausführung, daß unter der Annahme des Vollmachtsauftrags der Gläubiger seine eigene Wissenschaft und auch die des Gerichtsvollziehers als seines Bevollmächtigten vertreten muß, wenn er die Pfändung als gültig aufrecht erhalten will.

Der Beschluß des III. C.S. des R.G. vom 10. October 1895 (J.W. 1895 S. 543 Nr. 34) führt nach gem. Recht aus, daß der Gerichtsvollzieher für die Pfändung Vertreter (nicht gerade Bevollmächtigter) des Gläubigers sei, und der böse Glaube des Gerichtsvollziehers hinsichtlich der Pfändung fremden Eigenthums dem Gläubiger schade.

Practisch wird die Frage nicht sowohl für die Widerspruchsklage, abgesehen von der auf den schlechten Glauben zu stützenden gemeinrechtlichen Spolienklage, sondern für die mit Widerspruchsklage verbundenen Entschädigungsansprüche erheblich.

Als einen gewichtigen Grund dafür, daß der Gerichtsvollzieher im Sinne der C.P.O. das Pfand nicht als Stellvertreter des Gläubigers, sondern als amtlicher Verwahrer inne hat, bezeichnet Eccius (Bd. III S. 525) dem Konventialpfand gegenüber die von der C.P.O. eröffnete Möglichkeit der Anschlußpfändung. Er bemerkt sehr zutreffend, daß nur unter der Voraussetzung des amtlichen Gewahr-

sams gegen die reichsgesetzliche Neubildung der Anschlußpfändung Bedenken aus dem System des Privatrechts nicht erwachsen.

Rücksichtlich der Streitfrage, ob die Anschlußpfändung nach dem auf die Motive eingehend gestützten Urtheil d. II. C.S. d. R.G. vom 23. Nov. 1884 (Entsch. XIII 345) schon durch die Erklärung des nachpfändenden Gerichtsvollziehers zum Protokoll, oder erst mit der Zustellung der Abschrift des Protokolls an den Gerichtsvollzieher, der zuerst gepfändet hat, perfect wird, beharrt Eccius bei der letzteren Annahme.

In Betreff der von v. Wilmowski u. L. (Kommentar Anm. 5 zu § 230 C.P.O.) näher erörterten Frage, ob Klagegrund und Klagethatsachen identisch seien, hält Eccius (Bd. II S. 254) ebenfalls seine verneinende Ansicht aufrecht, welcher ich mich früher angeschlossen hatte. Er behauptet, daß abweichend von dem früheren gemeinen und preußischen Proceßrechte nach der C.P.O. Klageänderung nur vorliegt, wenn der Klageantrag nicht sowohl aus anderen Thatsachen, sondern aus einem anderen Rechtsverhältnisse begründet wird.

Dagegen hat das Urtheil d. IV. C.S. d. R.G. vom 4. Januar 1884 (Entsch. X 434) bereits zutreffend nicht sowohl aus der Wortfassung der §§ 230 u. 240 C.P.O. als aus den Motiven ausgeführt, daß auch bei dinglichen Klagen stets expressa causa geklagt werden müsse, weil der Theorie und Praxis des gemeinen deutschen Processes entsprechend auch bei dinglichen Klagen der Entstehungsgrund des behaupteten dinglichen Rechts einen Theil des Klagegrundes bilde. Es wird deshalb die Einführung eines neuen Erwerbsgrundes nach Klagezustellung ohne Einwilligung des Beklagten als eine unzulässige Klageänderung angesehen.

Es wird jedoch wohl der Praxis darin beizutreten sein, daß, wenn eine Ehefrau eine Gesammtheit von Pfandstücken als inferirt in Anspruch nimmt, und später nach besserer Information ein einzelnes Stück als nicht eingebracht, sondern als anderweit für sich erworben bezeichnet, der Einwand der Klageänderung abgelehnt wird.

Was nun die Vertretung der entgegengesetzten Ansicht anlangt, daß der Pfändungsgläubiger durch die Besitzergreifung seitens des Gerichtsvollziehers wirklicher Pfandbesitzer werde, so habe ich früher schon erwähnt, daß die Mehrzahl der wissenschaftlichen Stimmen auf Seiten der Mandatstheorie, und demnach auch auf Seiten des Pfandbesitzes des Gläubigers ständen.

v. Wilmowski u. L. bemerken (Kommentar zu § 712, Anm. 2,

S. 1033), daß die herrschende Meinung mit Dernburg, Struckmann und Koch, Seuffert, Gaupp, Mandry, Kahn und Falkmann für den Pfandbesitz des Gläubigers sich entschieden hätten, wofür der Grund und der Zweck der Pfändung und der Auftrag des Gläubigers sprächen.

Als Vertreter der Ansicht, daß der Gerichtsvollzieher nur als obrigkeitlicher Beamter pfänden könne und mithin nur gleich einem Sequester die Pfandstücke detinire, werden Eccius, Voß und ich genannt.

Rudolph (l. c. S. 409) schließt nach einer eingehenden Erörterung über die dingliche Natur des Pfändungspfandrechts sich der Ansicht an, daß der Gläubiger mit dem Moment der Besitzergreifung seitens des Gerichtsvollziehers den Besitz erlange, da abweichend von dem römischen Rechte der Gerichtsvollzieher nur im Auftrage des Gläubigers thätig werde. Er gesteht dem Gläubiger auch neben der actio hypothecaria eine Klage zum Schutze seines Pfandbesitzes zu. Dr. Kahn spricht in seiner anregenden Abhandlung über die Natur der Interventionsklage nach französischen Recht (Archiv für civilist. Praxis Bd. 70 S. 410) dem Executionssucher den Pfandbesitz kurzer Hand zu. Er erkennt zwar (S. 432) an, daß das Gesetz dies ausdrücklich nicht sage, bemerkt jedoch, daß in den Motiven zu den §§ 675 u. 677 des Entw., jetzt 727 u. 728 C.P.O., der Besitz des Gerichtsvollziehers als Pfandbesitz bezeichnet werde.

Dieses vereinzelte Wort vermag jedoch die systematisch im Anschlusse an die R.K.O. entwickelte Natur des Pfändungspfandrechts nicht umzustoßen. Ein Pfandbesitz des Gerichtsvollziehers liegt im weiteren Sinne ja auch vor. Kahn stellt auch dem engeren vertragsmäßigen das weitere durch Besitz begründete Faustpfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs und Frachtführers gegenüber. Da diese weiteren Pfandrechte aber ebenfalls auf Verträgen ruhen, sind Analogieen für das Pfändungspfandrecht daraus nicht zu ziehen.

Gegen den Pfandbesitz des Gläubigers sprechen sich auch noch einzelne Stimmen außer den oben gedachten aus.

Voß verneint den Pfandbesitz des Gläubigers aus höchst subjectiven Gründen, welche v. Wilmowski u. L. (l. c. S. 1033) zu widerlegen suchen.

Amtsrichter Bunsen (Die Lehre von der Zwangsvollstreckung 1885, S. 150) verwirft den Pfandbesitz, weil der Gerichtsvollzieher nur für den Schuldner besitze, der den juristischen und den Usucapionsbesitz

durch die Pfändung nicht verliere. Riehl in seiner Schrift über das Pfändungspfandrecht steht allerdings von der Beamtentheorie ausgehend auf demselben Standpunkt. Er bemerkt, daß der Gerichtsvollzieher den juristischen Besitz für den Gläubiger gar nicht erworben, sondern durch Uebernahme der Detention dem Schuldner nur die Verfügung über die Pfandstücke im Sinne der l. 39 Dig. 41,2 de acquir. possess. entziehen wolle.

Frommhold hat in seiner umfänglichen Schrift über die Widerspruchsklage die rechtliche Natur des Pfändungspfandrechts nicht näher zur Erörterung gezogen.

Olshausen (Einsprüche Dritter S. 48 Anm. 22) hat dagegen schon zu den Motiven des Entwurfs von 1872 erklärt, daß der Executionssucher nicht im Besitze des Pfandes sei.

Das Reichsgericht hat sich direct und bestimmt über die Natur des Besitzes des Gerichtsvollziehers und den Pfandbesitz des Gläubigers noch nicht geäußert.

Das Urtheil des III. C.S. d. R.G. v. 12. März 1886 (Rassow u. K. Bd. XXX, S. 1171) enthält den Satz:

> »Es erscheint schon zweifelhaft, ob der Auftraggeber eines Gerichtsvollziehers überhaupt als Besitzer der von dem letzteren gepfändeten Sachen angesehen werden kann.«

Dieses Urtheil ist allerdings vor dem Plenarbeschluß vom 10. Juli 1886 ergangen. Der III. C.S. hatte aber, wie gedacht, am 3. Juni 1883 den Gerichtsvollzieher schon für den Beauftragten des Gläubigers erklärt.

Wenn man nun zutreffend annimmt, daß der Gerichtsvollzieher, wiewohl er rücksichtlich der Pfändung Mandatar des Gläubigers ist, dennoch die Pfandstücke nicht für den Gläubiger besitzt, sondern nur amtlich bis zur Versteigerung detinirt, ohne bis dahin den juristischen Besitz des Schuldners aufzuheben, so liegt es nahe, für seine Stellung Analogieen aus dem Verhältnisse eines gerichtlich für den speciellen Fall bestellten Verwalters zu ziehen.

Die Zwangsverwaltung eines Grundstücks nach §§ 139 flg. des Gesetzes vom 13. Juli 1883 betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist ein Act der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück. Nach § 143 Abs. 1 des Gesetzes erlangt der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger ein Pfandrecht an den Einkünften des Grundstücks mit den im § 709 C.P.O. bestimmten Wirkungen.

Der Verwalter des Grundstücks wird nach § 142 des Ges. von dem Gericht unter Berücksichtigung der Vorschläge des betreibenden Gläubigers ernannt, verpflichtet und in Besitz des beschlagnahmten Gutes behufs dessen Verwaltung gesetzt.

Obwohl der Verwalter (Sequester) nicht nothwendig eine Beamtenqualität besitzen muß, erwirbt dennoch der Gläubiger durch die gerichtliche Einleitung der Zwangsverwaltung an den Einnahmen ein dem Pfändungspfandrecht gleichstehendes Pfandrecht. Hiernach erscheint der Besitz des Verwalters rücksichtlich des Grundstücks und der Einnahmen aus demselben als bloße Detention im Interesse des Eigenthümers und seiner Gläubiger, der Eigenthümer aber setzt seinen Besitz fort. Die amtliche Verwahrung der Pfandstücke seitens des Gerichtsvollziehers ist systematisch unter dieselben Gesichtspunkte zu stellen.

Ueber den Besitz des gerichtlichen Verwalters hat auch das Urtheil d. V. C.S. d. R.G. vom 22. Januar 1890 (Rassow und K. Bd. XXXIV S. 1182) bei einer eingeleiteten Zwangsverwaltung gegen den Pächter eines Gutes sich dahin geäußert, daß der Zwangsverwalter den Besitz im Namen des Pächters ausübe, und daß der Pächter dem Verpächter gegenüber im Besitze des Gutes geblieben sei. Ueber die singuläre Natur der Pfändungspfandrechte äußert sich auch noch generell das Urtheil d. V. C.S. d. R.G. vom 22. Dezember 1888 (Entsch. XX 307) in beachtenswerther Weise. Das Urtheil verneint, daß die Gültigkeit der Pfändung eines Grundschuldbriefes von der Aushändigung des Dokuments abhänge und bemerkt:

> »Die C.P.O. hat in Ansehung der Zwangsvollstreckung durch Pfändung neues materielles Recht geschaffen. Die Bedingungen für die Entstehung des solchergestalt neu eingeführten Pfändungspfandrechts können daher nur aus der C.P.O. entnommen werden, insoweit diese nicht eine Bezugnahme des Landesrechts enthält.«

Damit wird das Bestreben gemißbilligt, das Pfändungspfandrecht nicht blos nach § 709 C.P.O. als ein dem Faustpfandrecht gleichwirkendes, sondern als ein selbständiges Faustpfandrecht im Besitz des Gläubigers durch die Detention des Gerichtsvollziehers nach Landesrecht zu construiren.

Zum Schutze seines Pfandrechts steht dem Gläubiger die actio hypothecaria rücksichtlich aller Beeinträchtigungen seitens Dritter zu und der Gerichtsvollzieher haftet für ein schuldhaftes Verhalten

der Mandatsklage gegenüber trotz amtlicher Detention. Besitzklagen müssen dem Gläubiger jedoch versagt werden und beschränkt sich hierauf für die Praxis des preußischen und des gem. Rechts die Differenz der beiden sich entgegenstehenden Anschauungen hinsichtlich des Besitzers der Pfandobjecte seitens des Pfändungsgläubigers, während für das rheinische Recht die Bejahung des Pfandbesitzes des Gläubigers die Widerspruchsklage soweit ganz ausschließen würde, als es nicht um innerhalb dreier Jahre dem Kläger gestohlene oder von demselben verlorene Sachen sich handelt, falls nach rheinischem Recht der erzwungene Pfändungspfandbesitz dem vertragsmäßig erworbenen gleichgestellt werden muß.

Ein Pfändungspfandrecht erwirbt der Gläubiger aber nur auf Grund einer formell und materiell gültigen Pfändung. Die formellen Mängel kann der Vollstreckungsschuldner gemäß § 685 C.P.O. durch Beschwerde bei dem Vollstreckungsgericht behufs Aufhebung der Pfändung geltend machen und die materiellen Mängel sind Gegenstand der einem verletzten Dritten nach § 690 l. c. zustehenden Widerspruchsklage, welche lediglich auf formelle Mängel niemals gestützt werden kann.

Zu formeller Ungültigkeit der Pfändung führen leicht Verstöße des Gerichtsvollziehers, wenn er die Pfandstücke in der Obhut des Schuldners beläßt und dabei verabsäumt, die erfolgte Pfändung gemäß § 712 C.P.O. ausreichend ersichtlich zu machen.

Nach dem Urtheil d. VI. C.S. des R.G. vom 22. Juni 1896 (J.W. 1896 S. 413f. Nr. 27 u. 28) erwirbt der Gläubiger bei einem solchen Mangel trotz der Versteigerung kein Pfandrecht und kein Recht auf den Erlös. Es greift auch ein anderer Gläubiger durch nachträgliche Pfändung dieser Sachen in die Rechte des Gläubigers, der die erste Pfändung veranlaßt hat, nicht ein. Es wird dabei auf den guten Glauben des nachpfändenden Gläubigers nicht ankommen, da ein Pfandrecht noch nicht entstanden war. Der gute Glaube des Nachpfändenden ist aber dann erforderlich, wenn die bei der ersten Pfändung auslänglich angebrachten Erkennungszeichen verschwunden waren, wodurch allein dem Schuldner gegenüber das Pfandrecht nach dem Urtheil d. R.G. vom 4. Januar 1894 (J.W. 1895 S. 42) nicht verloren geht. Aus der reichhaltigen Kasuistik ist hervorzuheben, daß eine Pfändung von Möbeln, welche an einer Wand stehen, nicht ausreichend ersichtlich gemacht erscheint, wenn der Gerichtsvollzieher einen Siegelabdruck nur auf die Rückseite klebt.

## II. Die rechtliche Begründung der Interventionsklage.

Die Streitfrage, ob die Widerspruchsklage des § 690 C.P.O. eine rein persönliche lediglich auf dem Civilproceß ruhende, oder eine auf das materielle Landesrecht gestützte Klage sei, ist heute noch nicht zu einem Abschlusse gelangt.

Ich habe die Frage in meiner früheren Abhandlung nur kurz berührt, da die damals ausgesprochene Ansicht des Amtsrichters Voß, welcher die Klage für eine rein persönliche erklärte, keinen Beifall gefunden hatte, und isolirt geblieben war.

Inzwischen sind für Voß Streitgenossen aufgetreten, und ist der Meinungsstreit lebhaft entbrannt.

Voß hat seine Theorie in Rassow u. K. (Bd. XXIII S. 232, Bd. XXV S. 379) niedergelegt, und beharrlich im Archiv für civil. Praxis (Bd. XXVI S. 161) und in den Jahrbüchern für Dogmatik (Bd. XXIII S. 43) weiter ausgeführt.

Da der Executionssucher, welcher die öffentliche Gewalt zu Unrecht entfesselt habe, zu deren Aufhebung verpflichtet sei, construirt er eine durchaus eigenartige Obligation als Klagegrund, welche zu der aus der Gemeinschaft (communio) entspringenden Verbindlichkeit in einer nothwendigen Verwandtschaft stehe, und deren Grund in einem Iheringschen Schuldmomente zu suchen sei.

Daß die Klage eine rein persönliche sei, hat auch Amtsrichter Bunsen zu Rostock zunächst in der Zeitschrift für mecklenburgisches Recht (Bd. III S. 274), und demnächst in seiner 1885 erschienenen Schrift »Die Lehre von der Zwangsvollstreckung« zu begründen versucht.

Er bezeichnet (S. 2 l. c.) als Streitgegenstand der Klage das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers, und verneint, daß die Klage die rei vindicatio, die negatoria, oder das possessorische Interdict sei, weil sie ihre causa im Civilproceß- und nicht im Civilrechte habe.

Er beruft sich hierfür auf die Motive, welche jedoch in folgender Stelle:

> »in allen diesen Fällen der Widerspruchsklage ist mehr als die bloße Ausführung der Vollstreckung in Frage, und über materielle Rechte zu entscheiden«

gegen seine Ansicht sprechen.

Die civilrechtlichen Klagen hält Bunsen für unzulänglich, weil

Recht gegen Recht stehe, und von einer Rechtsverletzung nicht die Rede sein könne. Unzutreffend ist auch seine Behauptung, daß der Gerichtsvollzieher von Amtswegen garnicht zu untersuchen habe, ob die zu pfändende Sache dem Schuldner gehöre, oder nicht.

Nach § 65 der preußischen Gerichtsvollzieher-Ordnung vom 14. Juli 1879 darf der Gerichtsvollzieher Sachen, die für Dritte, oder von Dritten in Anspruch genommen werden, soweit nicht pfänden, als andere zur Deckung des Gläubigers ausreichende pfändbare Gegenstände vorhanden sind.

Bunsen will auch den Unterschied zwischen den civilrechtlichen Schutzklagen und der Widerspruchsklage in dem Zwecke der letzteren Klage finden, der weder auf Anerkennung des Rechts, noch auf Verurtheilung des Beklagten zur Wiederherstellung der Verletzung, sondern auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes durch richterlichen Spruch gerichtet sei.

Darnach soll die Widerspruchsklage in der Mitte zwischen der Anerkennungs- und der gewöhnlichen Klage stehen, und soll das Urtheil weder ein Anerkennungsurtheil, noch ein condemnatorisches, sondern ein restitutorisches sein.

Gegen diese Auffassung habe ich mich früher schon erklärt. Mag der Antrag des Klägers auf richterliche Freigabe der Pfandstücke, oder entbehrlicherweise auf Verurtheilung zur Freigabe im Sinne des § 779 C.P.O. gerichtet sein, immerhin liegt, wenn der Kläger obsiegt, eine Verurtheilung des Beklagten vor. Derselbe muß das Ergebniß der von ihm veranlaßten Pfändung und das durch dieselbe vermeintlich erworbene Pfandrecht aufgeben, welches durch das Urtheil für ein niemals gültig gewesenes erklärt wird.

Es steht in dem Processe daher keineswegs Recht gegen Recht.

Welche Rechte mit der vermeintlichen persönlichen Klage aus § 690 als die Veräußerung des Pfandes hindernde geltend gemacht werden können, sucht Bunsen, da die C.P.O. darüber nichts enthält, aus dem Civilrecht zu begründen. Er greift also materiell auf die civilrechtlichen Schutzklagen, welche er für nicht anwendbar erklärt hat, zurück.

In der Hauptsache stützt er die Klage auf Eigenthum und dingliche Rechte und gesteht dem Dritten, welcher einen Vertragsanspruch auf Rückgabe der gepfändeten Sache als Vermiether oder Leiher hat, von dem Standpunkt des gem. Rechts aus nach l. 2 Dig. uti possidetis 43, 17, nur die Widerspruchsklage als juristischem Besitzer zu.

Zutreffend bemerkt er, daß der Eigenthümer nach gem. Recht, abweichend von den Partikularrechten, auch von der Interventionsklage Abstand nehmen und sein Eigenthum gegen den Versteigerer der verkauften Pfandsachen vollständig verfolgen könne. Nach § 42 I 15 A.L.R. unterliegt jedoch eine in einer öffentlichen Versteigerung erstandene Sache nicht mehr der Vindication.

Bestimmt bestreitet Bunsen, was ich in meiner früheren Abhandlung auch verneint habe, daß die Interventionsklage auf einen rein obligatorischen Anspruch gestützt werden könne.

Ich kann diesen Satz heute jedoch nur unter wesentlichen Einschränkungen als richtig anerkennen.

Es unterliegt nicht dem geringsten Zweifel, daß sowohl nach gemeinem wie nach preußischem Rechte ein bloßer obligatorischer Anspruch auf Uebergabe der gepfändeten, dem Schuldner eigenthümlich gehörigen Sache die Interventionsklage niemals begründen kann, weil der Erwerb des Eigenthums nach beiden Rechten die Uebergabe der Sache, auf Grund eines obligatorischen Titels, voraussetzt und kein jus ad rem, kein Recht auf Uebergabe die Widerspruchsklage rechtfertigt.

Das Urtheil des IV. C.S. d. R.G. vom 18. März 1887 (Entsch. XVIII 365) führt nach gem. Recht aus, daß pfändbare Früchte vor der gestatteten Aberntung, oder Uebergabe der abgeernteten an den Käufer nicht in dessen Eigenthum übergehen und dieser daher einer Pfändung der noch stehenden verkauften Früchte nicht widersprechen kann. Die Ausnahme, welche ich früher nach Analogie der §§ 25 I 10 und 2 bis 6 I 19 A.L.R. gemacht habe, führt Rechtsanwalt Staub in seiner Abhandlung über den Interventionsproceß (J.W. 1888 S. 265) an, weil das Pfändungspfandrecht nur in Beziehung auf andere Gläubiger dem conventionellen gleichgestellt sei. Ein Interventionskläger, welcher ein Recht auf Uebergabe hat, ist aber auch ein Gläubiger des Schuldners.

Anders liegt jedoch zunächst die Sache, wenn ein Dritter gegen den Schuldner ein obligatorisches Recht nicht auf Uebergabe, sondern auf Rückgabe der nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen gepfändeten Sache hat.

Da der Gläubiger nicht mehr Rechte erlangen kann, als der Schuldner besitzt, ist der Dritte in diesem Falle nicht genöthigt, seine dinglichen Ansprüche an die Sache nachzuweisen. Er kann seine Klage vielmehr lediglich auf die Vertragspflicht des Schuldners stützen.

Dies näher zu begründen, muß ich mir hier vorbehalten; es wird weiter unten unter Beleuchtung der Gegengründe, welche Bunsen geltend macht, erfolgen.

Als ein sehr entschiedener Mitstreiter für Voß und Bunsen und die ausschließlich proceßuale Natur der Widerspruchsklage ist der Professor v. Schrutka-Rechtenstamm zu Wien aufgetreten, zunächst in den Abhandlungen in Grünhuts Zeitschrift (Bd. XIII S. 507 und Bd. XVI S. 673) und in seiner das österreichische und deutsche Recht umfassenden 1889 in Berlin erschienenen Schrift: »Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren.« Er bezeichnet die Excindirungsklage nach österreichischem Sprachgebrauch als einen durch das Proceßrecht gegebenen Anspruch zur Abwendung einer obrigkeitlichen Anordnung, beziehentlich als ein Rechtsmittel.

Es muß hier von einer Wiedergabe der umfänglichen historisch-dogmatischen Ausführungen abgesehen werden und die Bezugnahme auf die Kritik des später zu erwähnenden Privatdozenten Dr. Frommhold zu Breslau genügen, welcher, obwohl ein Gegner des v. Schrutka, bemerkt, daß dieser der noch nicht in zielbewußter Schärfe entwickelten Theorie von Voß und Bunsen zum Durchbruch verholfen und sie zu klarer wissenschaftlicher Erkenntniß gebracht habe, indem er die Begründung der Klage hinter dem Zwecke zurücktreten ließe.

Auf diesem Wege ist v. Schrutka zu der Behauptung gelangt, daß jeder zur Excindirungsklage legitimirt sei, der ein nachweisbares vernünftiges Interesse daran habe, daß excindirt werde.

Der letztere Begriff, welcher über den des rechtlichen Interesses hinausreicht, scheint mir jedoch den Rechtsboden zu verlassen und unbestimmten subjectiven Standpunkten Raum zu geben. Die jüngste Vertretung der rein persönlichen Natur der Widerspruchsklage hat im Jahre 1895 Landgerichtsrath Thiele zu Brieg in einer Abhandlung (Archiv für civilistische Praxis, Bd. 87 S. 50) veröffentlicht. Es genügt die Wiedergabe des Schlußergebnisses (S. 128): »Die Klage ist ein auf Abwehr gerichteter, von dem Proceßrecht geschaffener Rechtsbehelf zur Einschränkung der Zwangsvollstreckung. Ein im materiellen Rechte wurzelndes Recht kann Grund, aber nicht Fundament der Klage sein. Die Eigenthums- und Besitzstörungsklage hat mit denselben nichts gemein. Die Klage nach dem Mein und Dein ist für die Widerspruchsklage indifferent und präjudicirt auch nicht der materiellrechtlichen Klage. Sie greift überall Platz,

wo ein Dritter aus irgend einem Grunde, den das Recht anerkennt, der Veräußerung des Pfandes sein Veto entgegensetzen darf.«

Diesen Sätzen mangelt im Uebrigen zwar nicht die Bestimmtheit. Es bleibt nur die Hauptsache unbestimmt, welche Rechte die Veräußerung hindern. In dieser Beziehung kann Thiele nur auf das materielle Recht verweisen, mit welchem die Widerspruchsklage doch nichts gemein haben soll.

Daß die Abweisung der Widerspruchsklage wegen nicht erwiesenen Eigenthums der Vindication nach materiellem Rechte nicht entgegenstehen soll, führt überdies zu unhaltbaren Inconsequenzen.

Gegen Richard Schmidt, der als Gegner Frommhold's für v. Schrutka's Theorie sich erklärt (Busch XVII, 401 und XIX, 326), polemisiren v. Wilmowski u. L. (Kommentar Bd. II S. 993), während die Kommentatoren im Uebrigen getheilter Meinung sind.

Für die lediglich materiellrechtliche Natur der Widerspruchsklage spricht sich zunächst gegen Voß und Genossen in der schon erwähnten Abhandlung »Die Natur der Inventionsklage der C.P.O. und deren Anwendung auf die Mobiliarexecution im Gebiete des französischen Rechts« (Archiv für civilist. Praxis, Bd. 70 S. 416) Dr. Franz Kahn in Mannheim sehr entschieden aus. Kahn bemerkt, daß, wenn auch die Theorie von Voß, Bunsen und v. Schrutka ohne Zweifel eine blendende Abrundung besitze, dieselbe dennoch nur de lege ferenda zur Erörterung sich eigne. Er ficht zutreffend den aufgestellten Grundsatz an, daß, solange der Gerichtsvollzieher formell correct vorgegangen sei, eine Rechtsverletzung nicht vorliege, wenn auch eine zum Vermögen des Schuldners nicht gehörige Sache gepfändet worden. Die Rechte des obsiegenden Widerspruchsklägers erklärt er vielmehr stets von der Zeit des Pfändungsactes ab für verletzt, wenn die Pfändung für ungültig erklärt wird.

Nach den Urtheilen des III Strafsenats des Reichsgerichts vom 5. und 19. November 1881 (Entsch. in Straff. V 296, 208) ist dem Gerichtsvollzieher zwar auch bei materieller Unrichtigkeit seiner Annahme, dem Schuldner gehörige Sachen zu pfänden, der strafrechtliche Schutz gewährt, so lange er sich innerhalb der Grenzen des ihm eingeräumten sachlichen Ermessens bewegt hat.

Erst wenn der Gerichtsvollzieher offensichtlich wider § 713 C.P.O. Sachen eines Dritten aus dessen Gewahrsam ohne die Zustimmung desselben gepfändet hat, wird nach dem Urtheil des III. C.S.

des R.G. vom 16. Juni 1885 (Entsch. XIV 358) die ungültige Pfändung eine widerrechtliche Besitzentziehung.

Die Ansicht, daß, wenn auch nicht die auf Herausgabe der Sache gerichtete Vindication doch die negatoria als Widerspruchsklage verwerthbar sei, stützt Kahn auf den nach Theorie und Praxis erweiterten Begriff dieser Klage, welche gegen jeden partiellen Eingriff in das Eigenthum gestattet werde.

Kahn hebt übrigens ganz zutreffend hervor, daß die Controverse nicht, wie Endemann in seinem Lehrbuche des Civilprocesses meine, eine leere Speculation sei, da die practische Differenz der verschiedenen Standpunkte sich hinsichtlich der Litispendenz, der Klageänderung und der Rechtskraft äußere.

Es liegt auf der Hand, daß, wenn die Widerspruchsklage mit den materiellen Schutzklagen sich nicht deckt, diese durch jene nicht consumirt würden, und trotz Abweisung der Widerspruchsklage selbständig statthaft blieben. Daraus würde eine sehr bedenkliche doppelte Rechtsprechung über dieselbe materielle Frage sich ergeben.

Nur darin stimmt Kahn mit Bunsen überein, daß die Widerspruchsklage auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses nicht erhoben werden könne.

Rücksichtlich des Hauptthemas seiner Abhandlung nimmt Kahn an, daß der Art. 2279 des code civil »en fait de meubles la possession vaut titre« die Interventionsklage nach französischem Recht ausschließe, soweit es sich nicht um eine gestohlene oder verlorene Sache handele. Er geht davon aus, was ich im ersten Abschnitt schon zu widerlegen versucht habe, daß der Pfändungsgläubiger durch die Besitznahme des Pfandes seitens des Gerichtsvollziehers körperlicher Besitzer des Pfandstücks werde.

Amtsrichter Falkmann tritt rücksichtlich dieser Frage in seiner im Jahre 1888 erschienenen Schrift »Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen nach gemeinem, preußischem und französischem Recht« der Auffassung von Kahn bei. Staub bekämpft dagegen (J.W. 1887 S. 407) die Ansicht von Kahn, weil er den Pfandbesitz des Gläubigers nicht überzeugend nachgewiesen habe, und der § 690 die neueste Bestimmung sei. Der letzte Grund erscheint jedoch nicht stichhaltig, weil der § 690 materiellrechtliche Bestimmungen überhaupt nicht enthält.

Rechtsanwalt Dr. Frantz schließt sich in seiner 1889 erschienenen Schrift »Zur Lehre von der Executionsintervention« für das rheinische Recht der Auffassung von Staub an.

Das Reichsgericht hat in dem Urtheil des II. C.S. vom 17. März 1885 (Entsch. XIII 298) die Interventionsklage des Eigenthümers gegen den Pfändungsgläubiger nach rheinischem Recht zugelassen, weil zwar nach Art. 2229 code civil der Besitzer als solcher die dinglichen Ansprüche Dritter abwehren könne, im vorliegendem Falle aber der Schuldner die Pfandstücke nur im Namen der Klägerin besessen, und dieser daher ein die Veräußerung hinderndes Recht zugestanden habe.

Frantz tritt in seiner vorgedachten Schrift (S. 20) auch dafür ein, daß die Klage aus § 690 lediglich die negatorische sei. Er nimmt für seine Ansicht auch noch auf eine Schrift von Frese über die Executionsintervention Bezug. Ebenso erklärt Oberlandesgerichtsrath Francke in seiner Abhandlung über den Widerspruch Dritter gegen Zwangsvollstreckungen (Busch, Zeitschrift für Civilproceß Bd. V 1882 S. 268), daß der § 690 nur den Weg weise zur processualischen Geltendmachung bestimmter Rechte gegen die Zwangsvollstreckung, aber keinerlei sachliche Vorschriften enthalten. Wie weit der Gläubiger einem Dritten zu weichen habe, beantwortet sich nach Francke lediglich aus den allgemeinen, freilich zur Zeit noch den Landesgesetzen zu entnehmenden, Regeln des sog. materiellen Actionenrechts. Die kurz zuvor citirte Schrift von Falkmann giebt eine sehr vollständige und systematische Darstellung mit erschöpfenden Citaten aus Theorie und Praxis. Von dem Gesichtspunkt aus, daß der Pfändungsgläubiger an den Pfandstücken nicht mehr Rechte erwerben könne, als dem Schuldner zuständen, bindet er die Entstehung des Pfändungspfandsrechts (S. 110, 170) zutreffend an die Voraussetzung, daß der Schuldner Eigenthümer des Pfandes sei.

Er bemerkt, daß nicht anerkannte Rechte, welche die Veräußerung des Pfandstückes hinderten, im ordentlichen Proceßwege versagt werden müßten, wenn sie nicht durch § 690 an das Gericht der Zwangsvollstreckung verwiesen worden wären.

Da der § 690 eine Abänderung der aus dem materiellen Rechte sich ergebenden Klagen nicht enthalte, nimmt er im näher erörterten Gegensatz zu Voß und Genossen zutreffend an, daß die Klage ausschließlich dem materiellen und zwar dem Sachenrecht zu entnehmen sei.

Daß die Widerspruchsklage jemals auf einen rein obligatorischen Anspruch gestützt werden könne, verneint er (S. 126) ebenfalls.

Diese später zu widerlegende Ansicht führt dahin, daß der Deponent, Vermiether oder Leiher der gepfändeten Sache zur Besitz-

rechtsklage genöthigt wird, obwohl der Schuldner contractlich zur zeitigen Rückgabe ohne weiteres verpflichtet war.

Als zuständige Klagen bezeichnet Falkmann, von der auf Herausgabe gerichteter Vindication abgesehen, die negatoria, eventuell die publiciana und die Besitzrechtsklage. Von den übrigen verletzten Rechten legt er nur dem väterlichen Nießbrauche eine practische Bedeutung bei, welche in höherem Maße noch der ehemännliche Nießbrauch besitzt.

Den Pfändungsgläubiger sieht er nach der Theorie, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des Gläubigers ist, als wirklichen Pfandbesitzer an. Falkmann bemängelt (S. 188) auch meine frühere Ausführung, daß der Gewahrsam, welchen nach der Wortfassung der § 712 C.P.O. der Gerichtsvollzieher dem Schuldner unter den gedachten Voraussetzungen belassen kann, nicht die volle Detention, sondern nur eine thatsächliche, wie ich beifüge, zur custodia verpflichtende Obhut bedeuten könne. Er meint, daß es genüge, wenn der Gerichtsvollzieher den Besitz unter Aufgabe der Detention behalte; damit ginge aber der ergriffene factische Besitz verloren, wenn man nicht unzutreffend ein constitutum possessorium dahin construiren will, daß der Schuldner das ihm weggenommene Pfand für den Gerichtsvollzieher detinire.

Falkmann nimmt (S. 186) in der That auch an, daß ein förmlicher Verwahrungsvertrag zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Schuldner zu Stande komme.

Dieser Auffassung widerspricht aber die Thatsache, daß der Gerichtsvollzieher die factische Gewalt über die Pfandstücke insoweit keineswegs aufgiebt, als er, abgesehen von der ausdrücklichen Einwilligung des Gläubigers in Belassung der Pfandstücke bei dem Schuldner, jederzeit ohne die Zustimmung des Schuldners die Pfandstücke aus dessen Obhut abholen und anderweit unterbringen kann, wenn er sie in der Hand des zur ordnungsmäßigen Benutzung verstatteten Schuldners weiterhin für gefährdet ansieht. Der Auffassung, daß die Interventionsklage nicht ein eigenartiger Anspruch sei, sondern auf dem Gesichtspunkt der Eigenthumsstörung ruhe, tritt auch der Gerichtsassessor Riehl in seiner 1888 erschienenen Schrift: »Das Pfändungspfandrecht« bei, wiewohl die Klage nicht auf Herausgabe und Besitzeinräumung, sondern nur darauf zu richten sei, daß der Executionssucher die Pfandstücke zu seinem Vortheile veräußern lassen dürfe. In der Frage, ob die Interventionsklage auch auf ein obli-

gatorisches Verhältniß gestützt werden könne, tritt er der verneinenden Antwort sämmtlicher vorgedachten Schriftsteller bei.

Staub erkennt in seiner Abhandlung über Klage und Einrede im Interventionsprocesse (J. W. 1887, S. 467, 421) im Gegensatze zu Voß ebenfalls an, daß die Interventionsklage eine materielle dingliche Klage sei.

Zum Schlusse ist auf das im Jahre 1891 erschienene Buch des Privatdocenten Dr. Frommhold zu Breslau: »Die Zwangsvollstreckung in ihrer geschichtlichen Entwickelung« näher einzugehen. Dasselbe behandelt die Widerspruchsklage eingehend in ihrer historisch-dogmatischen Entwickelung. Er stellt die für und gegen die ausschließlich processuale Natur der Klage geltend gemachten Ansichten gruppenweise zusammen, verweist seinerseits aber entschieden rücksichtlich der Begründung der Klage auf das materielle Recht.

Es können hier nur die leitenden Gesichtspunkte dieser Schrift resümirt werden.

Die Zulässigkeit der Klage aus einem persönlichen Rechtsverhältnisse verneint Frommhold ebenfalls. Auf seine Polemik gegen Wach (S. 178) ist hier nicht näher einzugehen. Bemerkt sei nur, daß Wach die Widerspruchsklage auf einen Rechtsanspruch aus den allgemeinen Begriffen des Klagerechts gründet.

Frommhold spricht übrigens zur vorliegenden Controverse die Ansicht aus, daß heute noch nicht abzusehen sei, welche Anschauung die Herrschaft erringen werde. Zur ersten Gruppe zählt Frommhold Voß, Bunsen und v. Schrutka-Rechtenstamm, welche die Klage lediglich auf § 690 stützen, und mit diesem Paragraphen eine Lücke des Civilrechts für ausgefüllt ansehen.

Die eingehende Widerlegung dieser Theorie gipfelt in dem Satze Frommholds (S. 188), daß das materielle Recht bereits vorhanden sein müsse, bevor ihm das Proceßrecht eine besondere Form der Durchführung anweisen könne, da das Proceßrecht im Sinne einer Abhandlung von Seuffert (Grünhuts Zeitschrift Bd. XII, S. 617) einen Anspruch gegen einen aus dem materiellen Recht nicht Verpflichteten nicht zu schaffen vermöge.

Frommhold hebt auch hervor, daß Voß und Genossen eine ihrerseits unausgefüllte Lücke in Beziehung auf die Pfändung einer herauszugebenden Sache nach § 745 C.P.O. anerkennen müßten.

Rocholl wird zu derselben Gruppe gezählt, da er in seinen Rechtsfällen die Widerspruchsklage eine Conflictsklage genannt hat.

Eine gleichsam vermittelnde Stellung nehmen nach Frommhold ein: Siebenhaar (Kommentar S. 645), Endemann (Der deutsche Civilproceß Bd. III, S. 176), Petersen (Kommentar 2. Auflage, S. 960), Sarwey (Kommentar Bd. II, S. 148), Seuffert (Kommentar 5. Auflage, S. 317), Gaupp (Die Zwangsvollstreckung S. 166), Struckmann u. Koch (Kommentar 5. Auflage, S. 754) und beiläufig das Reichsgericht (Bd. XVIII, S. 366). Frommhold meint, daß diese Gruppe, obwohl sie die Widerspruchsklage nicht aus dem Proceßrechte, sondern aus dem materiellen Rechte herleite, der ersten Gruppe dadurch sich näherte, daß sie die Klage auch auf ein persönliches Rechtsverhältniß, wie Kommodat und Depositum, stützen lasse.

Da ich nunmehr diese Auffassung theile, muß ich mich auch zu dieser Gruppe zählen, während mich Frommhold in die nächstfolgende Hauptgruppe eingereiht hat, welche ganz Frommholds vorgedachte Auffassung theilt.

Als solche Anhänger seiner Ansicht nennt er: v. Glasenapp (Gruchot, Bd. XXIV, S. 245), Westerburg (Gruchot, Bd. XXIII, S. 872), Staub (J. W. 1887, S. 407, 421), Olshausen (Einsprüche S. 54), Hellmann (Jahrb. S. 834), Kahn (Archiv für civil. Praxis Bd. 76, S. 466), Frantz (Abh. S. 21), Francke (Zeitschrift für civil. Praxis, Bd. V, S. 208), Kuehne (Gruchot, Bd. XXIII, S. 500), v. Wilmowski u. L. (Komment. Anm. 1 zu § 690), Foerster (Komment. Anm. 2 u. 3 zu § 690) und Falkmann (Zwangsvollstreckung § 77, S. 122, Nr. 5). In dieser Gruppe wird die Klage als actio negatoria gegen den in der Pfändung liegenden Eingriff in die Rechte des Eigenthümers bezeichnet, welcher Auffassung nach Frommhold die Praxis überwiegend folge.

In der letzten Gruppe hat er auch auf meine frühere Abhandlung unter der Anerkennung Bezug genommen, daß sie mehr als die bisher genannten dem Verlangen nach einer umfassenden Darstellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für die Executionsintervention genüge, insofern nicht blos der Widerspruch gegen die Pfändung körperlicher Sachen, sondern auch gegen die Pfändung von Geldforderungen und anderen Vermögensrechten berücksichtigt sei.

Er vermißt nur eine hiermit nachgeholte eingehendere Behandlung der processualen Normen, und bemängelte mit Recht, daß ich von dem Standpunkte aus, daß der Pfändungsgläubiger nicht Pfandbesitzer sei, für die Fälle der §§ 712 u. 713 C.P.O. bei Pfändung

von Sachen aus der Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten eine condictio ex lege zu construiren versucht habe.

Ich muß anerkennen, daß ich für diese Klage den Grund auch im materiellen Recht hätte suchen müssen. Er findet sich auch für jeden Fall in der Besitzstörungsklage.

Es ist nunmehr noch die von mir jetzt getheilte, vielfach gebilligte und ebenso bestrittene Ansicht, daß die Interventionsklage auch lediglich auf gewisse obligatorische Verpflichtung des Schuldners gestützt werden könne, näher zu rechtfertigen.

Sachen, welche der Schuldner von einem Dritten nur geliehen, gemiethet, in Verwahrung genommen hat oder nur precaristisch detinirt, dürfen nicht gepfändet werden, weil der Schuldner dieselben nach gemeinem und preußischem Recht nicht freiwillig durch Vertrag rechtsgültig hätte verpfänden können, da sie ihm nicht gehören.

Der Ausschluß der Pfändbarkeit fremder Sachen ist zwar im § 712 C.P.O. nicht ausdrücklich ausgesprochen. Sie folgt aber aus dem Zwecke der Zwangsvollstreckung und der von Siebenhaar (Kommentar S. 645) durchaus zutreffend in Bezug genommenen Analogie der §§ 1 u. 35 der R.K.O.

Der § 1 l. c. lautet:

> »Das Konkursverfahren umfaßt das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit des Konkurses gehört.«

und der § 35 entsprechend:

> »Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmt sich nach den außerhalb des Konkurses geltenden Gesetzen.«

Darnach darf der Konkursverwalter eine von dem Gemeinschuldner an einen Dritten verkaufte, dem Käufer aber noch nicht übergebene Sache nicht aussondern, weil sie bis zur Uebergabe zum Vermögen des Schuldners noch gehört. Er muß jedoch die dem Schuldner nicht gehörige Sache dem Gegencontrahenten ausantworten, sobald ihm der vertragsmäßige Anspruch des Dritten auf Rückgabe glaubhaft nachgewiesen ist.

In diesen Fällen ist der Konkursverwalter nicht befugt, die Herausgabe der Sache bis zu dem Nachweise des dinglichen Anspruchs, welcher dem Dritten an den Sachen selbst zusteht, zu ver-

weigern. Dementsprechend sagt v. Wilmowski in seinem Kommentar zur R.K.O. (3. Auflage S. 180):

»Auch wer mit einer persönlichen Klage geltend macht, daß der Gemeinschuldner z. B. als Depositar, Kommodatar, Miether für ihn eine Sache in Gewahrsam hat, also in des Klägers Namen besitzt, ist Vindicant in dem bisher üblichen Sprachgebrauch.«

Da der Konkurs nach § 1 l. c. nur das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners ergreift, ist im Hinblick auf § 35 R.K.O. nach gemeinem und preußischem Recht der Nachweis des obligatorischen Rechts auf Rückgewähr zur Begründung der Widerspruchsklage nach § 690 ausreichend. Persönlich ist natürlich der Pfändungsgläubiger aus dem erwiesenen Vertrage weder haftbar noch belangbar.

Hiernach halte ich die Behauptung von Bunsen (S. 73 l. c.), daß, weil die C.P.O. nirgends ausdrücklich die Zwangsvollstreckung auf das Vermögen des Schuldners beschränke, dieselbe abweichend von der K.O. construirt sei, keinenfalls für zutreffend. Dasselbe gilt von der Folgerung Bunsens, daß daher bei der Zwangsvollstreckung ein bedeutend stärkerer Widerstand durch Nachweis eines relativ stärkeren Rechts als das des Schuldners zu überwinden sei.

Staub hebt (J. W. 1888 S. 421) zutreffend hervor, daß diese ausnahmsweise nicht auf Eigenthum, sondern auf ein persönliches Recht gestützte Interventionsklage in der Praxis eine weit reichende Bedeutung in Beziehung auf die zahlreichen Widerspruchsklagen aus Möbelleihverträgen erlangt habe. Die Praxis sieht die Feststellung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Schuldner bei feststehender Identität der Sachen zur Freigabe der Pfandstücke für ausreichend an. Es wird mit Recht der klagende Vermiether nicht gefragt, ob er Eigenthümer der gepfändeten Miethsstücke sei und wie er dies nachweisen wolle. Den Möbelleihvertrag erklärt Staub zutreffend, trotz der abweichenden Bezeichnung seitens der Parteien, weder für einen Leih- noch für einen Mieths-, sondern für einen suspensiv bedingten Kaufvertrag. Derselbe ist nach § 6 des Gesetzes vom 14. Mai 1894 den Abzahlungsgeschäften gleich gestellt.

Das Urtheil des V. C.S. des R.G. vom 30. September 1885 (Entsch. XIV S. 280) hat überzeugend nachgewiesen, daß der § 264 I 11 A.L.R. der ausgesprochenen Vereinbarung eines suspensiven Eigenthumsvorbehalts bei der Veräußerung nicht entgegensteht.

Die Klage bezeichnet Staub, obwohl sie einen dinglichen Charakter nicht an sich trägt, nicht unbedenklich, als die Besitzrechtsklage unter nicht näher zu erörternder Ausführung über die Natur dieser Klage gegen v. Glasenapp.

Die vorstehende Darstellung bestätigt, daß zu keinem Paragraphen der C.P.O. so zahlreiche von entgegengesetzten Standpunkten ausgehende theoretische Erörterungen Platz gegriffen haben, wie zum § 690.

Es liegt daher die Frage nahe, wie das Reichsgericht in seinen Entscheidungen zu der Controverse über die Natur der Widerspruchsklage Stellung genommen hat.

Das Urtheil des II. Hilfssenats des R.G. vom 16. Januar 1881 (Entsch. III 190) hat in einer gemeinrechtlichen Sache auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde einer Interventionsklage unter dem Gesichtspunkte der actio negatoria stattgegeben, weil ein widerrechtlicher Eingriff in das Eigenthum behauptet, und dessen Beseitigung durch Aufhebung der Pfändung beantragt worden war. Der von dem Beklagten erhobene Einwand eines vor der Pfändung erworbenen prätorischen Pfandrechts wurde verworfen, während der Kläger die Pfandstücke gekauft und nur in der Detention des Schuldners belassen hatte.

Das anderweit nicht vollständig veröffentlichte Urtheil des R.G. vom 10. März 1887 (J.W. 1887 S. 113 Nr. 13) spricht aus, durch § 690 sei nicht etwa eine Klage von ganz besonderer Art mit lediglich processualer Grundlage eingeführt, welche von den verschiedenen Klagen des materiellen Rechts völlig zu trennen sei, wenn auch nach gemeinem Recht die Executionsintervention von einer gewöhnlichen Klage verschieden gewesen sei. Der Gegengrund von Voß und Bunsen, daß im Interventionsprocesse nur Anträge auf Unzulässigkeit oder Aufhebung der Pfändung gestellt werden könnten, wird damit widerlegt, daß die Anträge nach dem nächsten practischen Ziele, wie bei anderen Widerspruchsklagen gemäß den §§ 680, 687, 710, 764 und 755 C.P.O. modificirt werden könnten.

Noch bestimmter hat das ebenfalls sonst nicht vollständig veröffentlichte Urtheil des R.G. vom 4. Dezember 1890 (J.W. 1890 S. 9) erklärt, daß § 690 kein besonderes Klagerecht schaffe, Klagegrund und Klageanlaß vielmehr auch bei einer nach § 690 erhobenen Klage derselbe, wie bei jeder anderen Eigenthums- oder Besitzstörungsklage sei.

Das Urtheil des R.G. vom 30. Dezember 1895 (J. W. 1896 S. 42 Nr. 64) bezeichnet als Voraussetzung der Klage aus § 690 ebenfalls, daß der Beklagte ein das Eigenthum beschränkendes Recht prätendire, oder thatsächlich in das Eigenthum des Klägers eingegriffen habe. Hiernach hat das Reichsgericht sich wiederholt mit voller Bestimmtheit gegen die rein processuale Natur der Widerspruchsklage und für deren Begründung aus dem materiellen Recht gleich jeder anderen Klage ausgesprochen.

Ueber die erörterte weitere Streitfrage, ob ausnahmsweise die Widerspruchsklage auch auf ein rein obligatorisches Recht des Klägers gegen den Schuldner gestützt werden kann, hat das Reichsgericht sich auch bereits in dem Urtheil des III. C.S. vom 18. März 1887 (Entsch. XVIII 366) zustimmend dahin geäußert, daß in den Fällen, in welchen der Schuldner die gepfändeten Sachen nur auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, z. B. eines Depositums oder Kommodats, besitze, der Nachweis des betreffenden obligatorischen Rechtsverhältnisses zur Klage genüge. Es wird beigefügt, daß ein Recht auf Uebergabe nicht ein Recht an den Pfandstücken sei und den Schuldner an der anderweiten Veräußerung der Sachen nicht verhindere.

Die Frage, ob auch lediglich auf Grund eines rein obligatorischen Rechts zwischen dem Kläger und dem Schuldner ein die Veräußerung der gepfändeten Sache hinderndes Recht im Wege der Widerspruchsklage geltend machen kann, ist durch den vorgedachten Nachweis, daß das persönliche Recht des Klägers auf Rückgabe des Pfandstücks die Klage begründet, noch nicht erschöpft. Es lassen sich noch andere Fälle construiren, in welchen aus den Vertragsansprüchen des Klägers an den Schuldner ein die Veräußerung des Pfandstücks hinderndes Recht anzuerkennen ist.

Wenn der Schuldner als Porträtmaler ein Bild des Klägers laut vertragsmäßiger Abrede fertig gestellt hat, bleibt dieses Bild bis zur Ablieferung desselben an den Besteller zwar Eigenthum des Malers; dennoch wird man annehmen müssen, daß der Schuldner nicht berechtigt ist, ohne Zustimmung des Bestellers das Bild zu verkaufen, zu verschenken oder zu verpfänden; daraus folgt aber ein Recht des Klägers als Bestellers, auch der Pfändung dieses noch nicht in sein Eigenthum übergegangenen Bildes und der Versteigerung desselben auf Grund der ihm gegen den Schuldner zustehenden Vertragsrechte gemäß § 690 zu widersprechen.

Hieraus ergiebt sich der allgemeine Satz, daß die Klage jedem Dritten zu gewähren ist, welcher, abgesehen von dem dinglichen Anspruch und dem Rechte auf Rückgabe gegen den Schuldner, ein individuelles Vertragsrecht auf Unterlassung der Veräußerung oder Verpfändung des Gegenstandes hat, welchen der Gerichtsvollzieher als dem Schuldner gehörig zum Zwecke der Versteigerung gepfändet hat.

Dieser Gesichtspunkt wird allerdings nicht soweit ausgedehnt werden dürfen, daß der Käufer interveniren könne, wenn eine ihm verkaufte aber noch nicht übergebene Sache gepfändet wird, weil der Schuldner die Uebergabe aus rechtlichen Gründen verweigern und frei über die Sache vorbehaltlich der Ansprüche des Käufers verfügen kann. Wie bereits ausgeführt worden ist, giebt nach gemeinem und preußischem Recht ein Recht auf Uebergabe kein Fundament für die Widerspruchsklage.

Dagegen fragt es sich jedoch für das gemeine Recht, ob der Pächter gegen die Pfändung stehender Früchte für Schulden des Verpächters die Widerspruchsklage erheben kann. Die Lösung dieser Frage hängt davon ab, ob man das Fruchtgewinnungsrecht des Pächters, wiewohl er erst mit der Perception Eigenthümer der separirten Früchte wird, lediglich auf einen vertragsmäßig fortwirkenden Traditionswillen des Verpächters zurückführt, oder ob man annimmt, daß der Verpächter durch den Vertrag jeder Einwirkung auf den Fruchtgewinn sich begeben hat und damit auch die Pfandbarkeit von Früchten auf dem Halm für eine Schuld des Verpächters ausgeschlossen ist.

Jedenfalls kann der im Besitz des Pachtgutes befindliche Pächter, welcher der Pfändung widersprochen hat, die Widerspruchsklage auf Verletzung seines Gewahrsams erfolgreich, wie weiter unten zu erörtern ist, stützen.

Den letzteren Gesichtspunkt erkennt nach gem. Recht das Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 18. März 1887 (Entsch. XVIII S. 365) an, wenn es auch im Uebrigen ausspricht, daß der Pächter nach § 690 der Pfändung der stehenden Früchte seitens eines Gläubigers des Verpächters an sich nicht widersprechen könne.

Wenn nun mit der Widerspruchsklage die Schutzklagen des materiellen Rechts gegen die Pfändung der Pfandstücke geltend gemacht werden, so stützt sich dieselbe, von den Fällen der auslänglichen Bezugnahme auf Vertragspflichten des Schuldners abgesehen, auf Eigenthum oder das bessere Recht des Klägers zum Besitze der Pfandstücke, oder ein dingliches, die Veräußerung hinderndes Recht an denselben.

Ein ausschließlicher Gerichtsstand ist für die Klage durch § 690 dahin geregelt, daß sie nur bei dem dem Object nach zuständigen Gericht angestellt werden kann, in dessen Bezirke die Pfändung erfolgt ist.

Dabei behält es auch nach dem Beschlusse des IV. C.S. des R.G. vom 27. Mai 1895 (Entsch. XXXV S. 403) sein Bewenden, wenn inzwischen der Schuldner die ihm belassenen Pfandstücke an einen anderen Wohnort außerhalb des Pfändungsbezirks mitgenommen hat.

Ueber den Umfang und die Begründung der verschiedenen dinglichen Klagen entscheidet das materielle Recht. Der Kommentar von v. Wilmowski u. L. zu § 690 (Bd. II S. 994) specificirt dieselben eingehend an der Hand der Judicatur des Reichsgerichts.

Bezüglich des erforderlichen Nachweises des Eigenthumtitels ist noch auf die Entscheidung des Obertribunals (Striethorst Bd. 81 S. 357 und Entsch. Bd. 19 S. 366, Bd. 33 S. 34) sowie auf Eccius Privatrecht Bd. III S. 118 und Anm. 38 S. 122 Bezug zu nehmen.

Die Klage kann auch, wie das Urtheil des IV. C.S. des R.G. vom 11. Dezember 1889 (Rassow u. K. Bd. XXXIV S. 1169) anerkennt, auf Miteigenthum an dem Pfandstück und darnach auch auf Mitbesitz gestützt werden. Gepfändet kann bei mehreren Eigenthümern nicht der Antheil des Schuldners an einer körperlicher Sache oder Forderung werden, sondern nur die Theilungsklage behufs Auseinandersetzung und späterer Pfändbarkeit der dem Schuldner zufallenden Sache oder Forderung. Wo der Nachweis des Eigenthums erschwert ist, wie bei derivativen Erwerben, tritt nach gem. Recht die actio publiciana in Stelle der negatoria und nach dem A.L.R. die Besitzrechtsklage (Eccius Privatrecht Bd. III S. 110).

Das Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 30. Mai 1890 (Entsch. XXVI S. 101) erklärt zutreffend, daß fremde Waaren im Besitze eines kaufmännischen Schuldners trotz Art. 306 H.G.B. nicht gültig gepfändet werden könnten, weil dieser Artikel einen Pfandvertrag voraussetzt.

Wenn Staub (J.W. 1888 S. 297) zur Erweiterung der Rechtskraft des Urtheils empfiehlt, den Klageantrag nicht blos auf Freigabe der Pfandstücke, sondern auch auf Anerkennung des verletzten dinglichen Rechts zu richten, so wird die erstrittene Freigabe der Pfandstücke gegen eine nochmalige Pfändung derselben Gegenstände seitens desselben Gläubigers der Regel nach wohl sichern. Es ist indessen anzuerkennen, daß, wenn der Beklagte neben der Freigabe nicht auch

zur Anerkennung des Eigenthums verurtheilt ist, bei einer neuen Pfändung seitens desselben Gläubigers diesem in dem neuen Interventionsprocesse die Möglichkeit eines besseren Gegenbeweises hinsichtlich des behaupteten Eigenthums eröffnet wird.

Das Reichsgericht hat in dem Urtheil vom 10. März 1887 (J.W. 1887 S. 113) eine derartige Feststellungsklage in Verbindung mit der Interventionsklage für statthaft erklärt.

Die Interventionsklage stützt sich in den häufigsten Fällen auf den käuflichen Erwerb der in dem Gewahrsam des Verkäufers belassenen Pfandstücke von dem Schuldner vor der Pfändung und darnach auf eine Uebergabe durch constit. possess. Die rechtliche Natur dieser Form der Besitzübertragung ist nach gem. Recht und im Anschluß an die §§ 71, 72 und 73 I 7 A.L.R. durch Präjudicate des Reichsgerichts überzeugend dahin festgestellt worden, daß der Besitz auf einen Anderen durch Willenserklärung übergeht, wenn ein formgültiges Rechtsverhältniß geschaffen wird, welches das weitere Innehaben der zu übergebenden Sache seitens des Tradenten als Ausfluß einer rechtlichen Befugniß erscheinen läßt. Es muß eine Abrede getroffen sein, welche das Hingeben und Zurückgeben der Sache erübrigt. Dieser erforderliche Nebenvertrag kann die Natur eines Verwahrungs-, Verwaltungs-, Leih- oder Miethsvertrags annehmen. Derselbe setzt aber die Beachtung der allgemeinen Vertragsform voraus, da er thatsächlich die Voraussetzungen des Realvertrags nicht erfüllt.

In Bezug zu nehmen sind in dieser Beziehung folgende Vorentscheidungen: Entsch. des preußischen Obertribunals vom 15. Juli 1839 (Präjudizsammlung S. 23), Plenarbeschluß desselben Gerichts vom 20. November 1854 (Entsch. Bd. 29 S. 1), Urtheil des III. Hülfssenats des Reichsgerichts vom 24. März 1880 (Entsch. I 391), des I. C.S. vom 8. November 1881 (Entsch. V 181), des III. C.S. vom 15. Februar 1884 (Entsch. XI 53), des I. C.S. vom 1. Juni 1889 (Entsch. XXIV 307) und des VI. C.S. vom 2. Juni 1890 (Entsch. XXVI 181). Das Urtheil des V. C.S. vom 6. Februar 1895 (J.W. 1895 S. 170) bejaht die in dem vorgedachten Urtheile des I. C.S. vom 8. November 1881 offen gelassene Frage, ob auch nach preußischem Recht das constit. ein anderes Geschäft voraussetze, durch welches der bisherige Besitzer unter Aufgabe des Besitzes den Gewahrsam behalte. Staub erklärt (J.W. 1888 S. 302) auch das precarium für ein Rechtsverhältniß, welches zur Begründung des constitum geeignet sei, wenn auch Worte wie:

»Käufer läßt die Sachen vorläufig im Besitze des Verkäufers« nicht genügten.

Dernburg (Pandecten Bd. II S. 238) bezeichnet zwar nach heutigem gemeinen Recht das precarium als eine Unterart des Kommodats. Zutreffender spricht aber Eccius (Privatrecht Bd. II S. 164 Anm. 47) nach gemeinem und preußischem Recht in letzterer Beziehung mit dem preußischen Obertribunal (Entsch. Bd. 64 S. 85) dem precarium jede Vertragsnatur ab.

Dementsprechend hat Rechtsanwalt Dr. Kramer (Rassow u. K. Bd. XXXIX S. 29) sehr eingehend historisch kritisch ausgeführt, daß das precarium zur Begründung eines constit. poss. der Ansicht von Eccius entsprechend unzulänglich sei.

Die in den Interventionsprocessen zur Vorlegung gelangenden entsprechenden Veräußerungsverträge leiden in Beziehung auf das constit. nicht selten an einer dasselbe ausschließenden unbestimmten oder unklaren Fassung, wiewohl die Concipienten solcher Verträge sich bemühen, neuen Gesichtspunkten der Judicatur sich möglichst anzuschließen.

Die Widerspruchsklage kann auch den Charakter der Besitzstörungsklage annehmen, soweit der Kläger auf diesem Wege zu seinem Rechte gelangt. Wenn der Schuldner Detentor der gepfändeten Sache eines Dritten war, so steht dem letzteren, wie bereits ausgeführt worden, die Klage auf Aufhebung der Pfändung aus dem Vertragsverhältnisse zu, nach welchem der Schuldner verpflichtet war, ihm die gepfändete Sache zurückzugeben, oder doch nicht zu veräußern. Zum Nachweise seines Besitzrechts ist er nicht verpflichtet. Von einer Verletzung seines juristischen Besitzes ist hierbei keine Rede, da der Schuldner die Sache ja in seinem Gewahrsam hatte.

In einer anderen Lage befindet sich aber der Dritte, dessen Sache für eine fremde Schuld wider § 713 C.P.O. ohne seine Zustimmung aus seinem ausschließlichen oder Mitgewahrsam gepfändet worden ist.

Es steht ihm frei, sein Eigenthums- oder Besitzrecht im Wege der Widerspruchsklage gegen den Pfändungsgläubiger geltend zu machen. Er kann aber auch den einfacheren Weg der Besitzstörungsklage gegen die eigenmächtige Besitzentsetzung seitens des Gerichtsvollziehers beschreiten.

Die Praxis gestattet die Verbindung beider Klagen dahin, daß der Kläger an erster Stelle die Besitzstörung und eventuell, wenn die Pfändung aus seinem Gewahrsam nicht erwiesen erscheine, sein Eigenthums- oder Besitzrecht geltend macht. Nach § 232 Abs. 2 C.P.O.

darf jedoch die Besitzklage mit der Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, nicht verbunden werden. v. Wilmowski und L. (Kommentar Bd. I S. 369 Anm. 5) nehmen zutreffend an, daß im Falle einer solchen unstatthaften Klageverbindung die ganze Klage zurückgewiesen werden müßte, wenn nicht ein Fundament zurückgenommen würde. Die Unzulässigkeit dieser Klagenkumulation hat auch das Urtheil des R.G. vom 10. Juni 1893 (J.W. 1893 S. 356) ausgesprochen.

Daß mit der Besitzklage eine Schadensklage verbunden werden kann, hat das Urtheil des R.G. vom 6. Juni 1891 (J.W. 1891 S. 421) gegen Eccius, dem ich mich angeschlossen hatte, zutreffend ausgeführt.

Ich beharre jedoch gegen v. Wilmowski und L. (Kommentar Bd. II S. 1035 Anm. 1) und deren Citate bei meiner früher geäußerten Ansicht, daß die Klage eines Dritten aus § 713 wegen verletzten Gewahrsams hinfällig ist, wenn der beklagte Pfändungsgläubiger nachzuweisen vermag, daß der Gewahrsam des Klägers nur auf einer mit dem Schuldner vereinbarten Scheinabrede ruht, welche bezweckte, die fraglichen Sachen der Pfändung aus der eigenen Gewahrsam des Schuldners zu entziehen. Eine solche Fiction des Gewahrsams ist als Scheingeschäft unverbindlich. Es könnte sonst jeder Schuldner seine werthvollsten zur Pfändung geeigneten Vermögensstücke der Pfändung dadurch entziehen, daß er sie bei drohender Pfändung in eine dritte Hand niederlegt. Wenn der Simulationseinwand nicht statthaft wäre, müßte ein Gläubiger zunächst das Rückforderungsrecht aus dem Scheingeschäft gegen den Dritten pfänden lassen, und die Verpflichtung zur Rückgabe der Sachen erstreiten, bevor er dieselben pfänden lassen könnte.

Die Kasuistik des Lebens ist in Beziehung auf die Verletzung des § 713 sehr mannigfach. Die in den Händen der Hausofficianten und des Dienstpersonals befindlichen Sachen des Schuldners hat dieser selbst noch in seinem Gewahrsam (Olshausen, Einsprüche Dritter S. 32). Ein Widerspruch solcher thatsächlicher Inhaber von Sachen des Schuldners steht einer Pfändung nicht entgegen.

Wenn nun auch eine Besitzstörungsklage mit der Klage aus dem Besitzrecht in demselben Processe nicht verbunden werden darf, ist die letztere petitorische Klage durch die Abweisung der zunächst angestellten Besitzklage nicht ausgeschlossen. Diese Abweisung stellt nur fest, daß die Pfändung nicht aus dem Gewahrsam des Klägers wider dessen

Willen erfolgt ist. Dem Kläger steht demnächst noch frei, eine neue Klage auf das Recht zum Besitze der Pfandstücke anzustellen, und daraus das Recht zur Verhinderung der Veräußerung nach § 690 herzuleiten. Das Unterliegen des Klägers in possessorio kann dem Obsiegen in petitorio nicht präjudiciren, wenn beide Klagen auf verschiedenen Fundamenten ruhen.

Eine von dem Gläubiger durch Einlassung auf die Klage ratihabirte und von demselben daher zu vertretende Besitzstörung seitens des Gerichtsvollziehers liegt zunächst unzweifelhaft vor, wenn derselben bewußterweise wider § 713 pfändet. Jede Pfändung enthält einen Zwangsact der Staatsgewalt, der aber auch dann schon objectiv unbefugt den Besitz stört, wenn sich schließlich herausstellt, daß der Gerichtsvollzieher dabei nicht instructionswidrig gehandelt und doch wider § 713 verstoßen hat. Somit genießt der Gerichtsvollzieher auch, wie schon erwähnt worden, den strafrechtlichen Schutz. Er ist häufig nicht in der Lage, bei der Pfändung über den behaupteten fremden Gewahrsam sich schlüssig zu machen. Im Zweifel muß er aber pfänden, um den Rechten seines Mandanten nichts zu vergeben und sich selbst gegen dessen Regreßansprüche zu sichern.

Was nun die Auffassung des Reichsgerichts hinsichtlich der Zulassung der Besitzklagen anlangt, so billigt das Urtheil des I. C.S. vom 30. Januar 1895 (J.W. 1895 S. 127) sowohl nach Landrecht wie nach gem. Recht unter Bezugnahme auf das für das gem. Recht ergangene Urtheil des III. C.S. vom 6. Juni 1885 (Entsch. XIV 358) jedem Besitzer, welcher Anspruch auf Rechtsschutz hat, die Widerspruchsklage zu.

Das Urtheil des III. C.S. vom 21. October 1881 (Entsch. V S. 164) hatte bereits ausgesprochen, daß nach gem. Recht die Spolienklage nicht blos dem juristischen Besitzer, sondern auch dem aus eigenem Recht detinirenden und darnach auch dem des Besitzes entsetzten Pächter zustehe.

Eine Interventionsklage liegt nach dem Urtheile des VI. C.S. vom 7. Mai 1887 (Entsch. XVIII S. 394) auch dann vor, wenn der Konkursverwalter eine Pfändung nach § 23 der R.K.O. anficht. Dasselbe muß, wie auch Falkmann (l. c.) annimmt, von der Anfechtung einer Rechtshandlung gelten, welche nach § 6 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 durch eine Pfändung bewirkt worden ist.

Die Praxis gestattet die Zustellung der Widerspruchsklage an den Proceßbevollmächtigten, welchen der Pfändungsgläubiger in seinem

vorangegangenen Processe mit dem Schuldner bestellt hatte. Staub nimmt jedoch (J. W. 1888 S. 298) mit Bezug auf die Ausführung von Petersen (Busch Zeitschrift Bd. IX S. 362) gegen Falkmann (Zwangsvollstreckung S. 127) und Wach (Handbuch Bd. I S. 575, Anm. 1) zutreffend an, daß die Zustellung an den Pfändungsgläubiger selbst erfolgen müsse. Der Widerspruchskläger ist in dem Vorprocesse nicht Partei gewesen, und die Befugniß zum Betriebe der Zwangsvollstreckung schließt nicht nothwendig die Vollmacht zum Betriebe eines selbständigen Processes ein.

Obwohl nach § 204 des G.V.G. die Gerichtsferien auf die Zwangsvollstreckung keinen Einfluß üben, ist Staub darin nicht beizutreten, daß die Interventionsprocesse als Feriensachen zu behandeln seien. Die Widerspruchsklage betrifft nur mittelbar die Zwangsvollstreckung und die vorläufigen Anordnungen der Gerichte hemmen sogar deren Fortgang.

Erwähnt sei generell, daß nach § 810 C.P.O. auf die Pfändung von körperlichen Sachen und Forderungen im Wege des Arrestes die allgemeinen Grundsätze von der Pfändung und der Widerspruchsklage Anwendung finden. Dasselbe gilt nach § 745 C.P.O. von der Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben.

Hervorzuheben ist noch, daß die Widerspruchsklage niemals gegen den Gerichtsvollzieher, sondern stets nur gegen den Pfändungsgläubiger als Auftraggeber gerichtet werden kann. Der Gerichtsvollzieher kann ohne dessen Zustimmung die erfolgte Pfändung nicht aufheben, und der Gläubiger, welcher auf erhobenem Widerspruch die Pfandstücke nicht freigiebt, ratihabirt damit das Verfahren des Gerichtsvollziehers. Er muß darnach die civilrechtlichen Folgen eines Mißgriffs des Gerichtsvollziehers tragen und vertreten. Unabhängig davon ist die Frage, ob der Gerichtsvollzieher durch sein Verfahren nach §§ 89 flg. II. 10. A.L.R. als Beamter subsidiär dem verletzten Dritten civilrechtlich entschädigungspflichtig geworden ist, oder ob er seinem Auftraggeber gegenüber aus dem Gesichtspunkte des Mandats unmittelbar für ein vertretbares Versehen civilrechtlich haftet.

Einer speciellen Beleuchtung bedarf ein Urtheil des VI. C.S. des R.G. vom 21. Februar 1895, welches, in den 35. Band der Entscheidungen nicht aufgenommen, in dem Seuffert'schen Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Bd. 51 S. 111 zum Abdruck gelangt ist.

Dasselbe ist in einer Hamburger Sache ergangen und lautet in seinen rechtlichen Ausführungen wörtlich:

»Das Berufungsgericht nimmt an, daß die streitigen Sachen nach § 712 Abs. 1 und § 713 C.P.O. überhaupt nicht gültig gepfändet worden seien, da sie sich damals nicht im Gewahrsam des Schuldners A., sondern im Gewahrsam der Ehefrau desselben, welche sie als Detentorin des Klägers innegehabt habe, befunden hätten und da auch diese Dritten nicht zur Herausgabe der Sachen an den Gerichtsvollzieher bereit gewesen seien. Deswegen findet es in der Pfändung eine widerrechtliche Besitzentziehung, welche für den Kläger eine Spolienklage gegen den Beklagten, in dessen Auftrage die Besitzentziehung ausgeführt sei, begründet habe. Gegen die Zulassung der Spolienklage in einem solchen Falle kann kein grundsätzliches Bedenken erhoben werden. Es ist in dieser Beziehung zu verweisen auf die Ausführung in den Entscheidungen Bd. 14 S. 362flg. Dabei bleibt die Streitfrage jedoch unberührt, ob die Widerspruchsklage des § 690 C.P.O. auch auf den bloßen Besitz gestützt werden könne. Denn diese Klage ist hier gar nicht in Frage (vergl. v. Wilmowski u. L. C.P.O. 2. Auflage Anm. 4 zu § 690 S. 872; in späteren Auflagen nicht aufgenommen).

Die im § 690 vorgesehene Interventionsklage setzt aber gültige Pfändung voraus, während die Spolienklage ihren Zweck gerade in der Ungültigkeit der Pfändung hat.

Der Beklagte hat nun aber die Annahme des Berufungsgerichts, daß nicht A., sondern der Kläger die Sachen zur Zeit der Pfändung besessen habe, als auf rechtlichen Verstößen beruhend, angegriffen.« (Diese Angriffe sind durch die beigefügten Gründe widerlegt worden.)

Bemerkt wird noch, daß die Spolienklage auch dem selbstnützigen Detentor zustehe.

Dieses Urtheil stellt die zwei sehr bedenklichen Rechtssätze auf:

1. daß die Klage aus § 690 eine gültige Pfändung voraussetze und
2. daß, wenn die Spolienklage statthaft, die Widerspruchsklage unstatthaft sei.

Beide Sätze müßten zu einer wesentlichen Verminderung der letzteren Klagen namentlich im Gebiete des gem. Rechts führen. Es bedarf der Feststellung, was das Reichsgericht unter einer gültigen Pfändung versteht. Zunächst läßt sich sagen, daß eine Pfändung

gültig ist, wenn sie rechtsbeständig und unangreifbar erscheint. In diesem Sinne kann das Wort nicht gebraucht sein, weil gegen eine gültige Pfändung in diesem Sinne eine Widerspruchsklage überhaupt nicht mit Erfolg angestellt werden kann.

Das Reichsgericht stellt aber offenbar einer gültigen Pfändung eine die Spolienklage rechtfertigende eigenmächtige und rechtswidrige gegenüber. Gültig heißt dann eine formell legale Pfändung, bei welcher sich der Gerichtsvollzieher innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse gehalten hat.

Zu einer solchen Einschränkung der Widerspruchsklage giebt nun der § 690 keinen Anhalt. Derselbe spricht ganz allgemein von dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung. Die Klage ist darnach gegen jede Pfändung gegeben.

Die Pfändung ist ein durch den Auftrag der Partei angeregter öffentlich rechtlicher Act der Staatsgewalt, welcher thatsächlich nicht ungeschehen gemacht und nicht vernichtet werden kann. Er ist entweder, wenn er den Gesetzen entspricht und eine Widerspruchsklage nicht durchgreift, gültig oder anderenfalls ungültig. Ob bei einer ungültigen Pfändung das Verfahren des Gerichtsvollziehers überdies im Aufsichtswege einer mehr oder minder strengen Rüge unterliegt, ist für die Zulässigkeit der Widerspruchsklage gleichgültig. Die Klage aus § 690 umfaßt alle Fälle, in welchen aus irgend einem materiellrechtlichen Grunde dem Verkauf der Pfandobjecte widersprochen werden kann und die an sich wirksame Pfändung durch Urtheil aufgehoben werden muß.

Dem ersten Satze des Reichsgerichts würde darnach folgender Satz entgegen zu stellen sein: Die Klage aus § 690 ist gegen jede thatsächlich erfolgte Pfändung statthaft.

Der zweite Satz schließt die Widerspruchsklage direct aus, wenn die Voraussetzungen der Spolienklage nach gem. Recht gegeben sind. Dieser Ausschluß ergiebt sich als unzutreffend, wenn die vorstehende Abänderung des ersten Satzes richtig ist. Da die Klage aus § 690 aus dem materiellen Rechte begründet werden muß, kann die Widerspruchsklage auch unter den Voraussetzungen der Spolienklage erhoben werden. Der Antrag lautet dann aber präciser und vollstreckbarer auf Aufhebung der Pfändung und nicht blos auf Wiederherstellung des Besitzes. Die Klage muß dann auch im Gerichtsstande des § 690 erhoben werden. Es erscheint sehr auffällig, daß das Reichsgericht gerade für die stärksten Verletzungen des Ge-

wahrsams Dritter seitens des Gerichtsvollziehers die Klage aus § 690 versagt.

Dem zweiten Satze des Urtheils substituiren wir hiernach den folgenden: Die Spolienklage ist auch als Widerspruchsklage statthaft.

Daß die Beseitigung einer Pfändung durch eine andere Klage nicht erreicht werden kann, folgt aus dem Urtheil des III. C.S. vom 5. März 1881 (Entsch. IV S. 111), welches eine Feststellungsklage zu diesem Zwecke für nicht ausreichend erklärt.

Das in den Gründen des Urtheils in Bezug genommene Urtheil ist das vorallegirte des III. C.S. vom 6. Juni 1885. Die unentschieden gelassene Frage, ob auch die Besitzklagen als Widerspruchsklagen verwerthet werden können, hat das fast gleichzeitig ergangene obenerwähnte Urtheil des I. C.S. vom 30. Januar 1895 bejaht.

Es dürfte sich daher empfehlen, daß die Praxis dem Urtheile des VI. C.S. vom 21. Februar 1895 zunächst sich nicht anschließt.

## III. Die Activlegitimation zur Widerspruchsklage.

Da die Widerspruchsklage nicht aus dem Proceßrecht, sondern aus dem materiellen Recht zu begründen ist, kann die sachliche Berechtigung zur Erhebung nur aus dem Civilrecht entnommen werden.

Bisher sind nun die in getrennten Gütern nach dem A.L.R. lebenden Ehefrauen in Beziehung auf ihr für einseitige Schulden des Mannes gepfändetes eingebrachtes Vermögen allein ohne Beitritt des zum Nießbrauch berechtigten Ehemanns zur Interventionsklage nach der Praxis zugelassen worden.

Die neueren Entscheidungen des Reichsgerichts treten dieser Praxis jedoch entschieden entgegen. Sie fordern den Beitritt des Ehemanns zur Klage und schließen damit, was practisch noch erheblicher erscheint, die Zeugnißfähigkeit des Ehemanns in dem Interventionsprocesse aus.

Der Gerichtsvollzieher hat nach § 63 der Geschäftsanweisung wegen einer Geldforderung mangels Zahlung Geld, Werthpapiere, Wechsel und andere indossable Papiere aus dem Gewahrsam des Schuldners zu pfänden. Urkunden über Privatforderungen des Schuldners darf er weder pfänden, noch in Beschlag nehmen, da diese nach den §§ 730 und 744 C.P.O. nur richterlich gepfändet werden

können. Zu diesem Zwecke ist eine historische Namhaftmachung solcher bei der Pfändung vorgefundener Urkunden im Pfändungsprotokolle zur Information für den Gläubiger nicht unstatthaft, wenn auch keineswegs geboten. Bei Pfändung der beweglichen Habe des verurtheilten Ehemannes über die durch Nr. 1, 2 und 3 des § 715 C.P.O. gegebenen Einschränkungen hinaus richtet sich der Blick des Gerichtsvollziehers der Regel nach auf die mehr oder minder reichhaltige Wohnungseinrichtung, das Mobiliar des Schuldners, welches mit Hülfe der Abzahlungsgeschäfte die Standesansprüche des Schuldners oft überragt. Plüschgarnituren sind heute häufige Pfändungsobjecte in mittleren Gesellschaftsschichten.

Das Mobiliar ist aber meist von der in getrennten Gütern lebenden landrechtlichen Ehefrau in die Ehe eingebracht.

Die Rechte der Ehefrauen in dieser Beziehung habe ich früher bereits eingehend erörtert. Es ist ergänzend nur hervorzuheben, daß nach dem Urtheil des Obertribunals vom 11. September 1865 (Striethorst Bd. 60 S. 150) seitens der Ehefrau neu angeschaffte Stücke in Stelle der fehlenden eingebrachten treten und daher ohne Zustimmung der Frau für Schulden des Mannes nicht gepfändet werden dürfen.

Ich wiederhole die Anführung, daß viele Interventionsprocesse der Ehefrauen unabwendbar und keineswegs durch den Gerichtsvollzieher verschuldet sind. Wenn andere Pfändungsobjecte nicht vorgefunden werden, muß der Gerichtsvollzieher das Mobiliar trotz des Einspruchs der Ehefrau pfänden, soweit nicht auf Grund von seitens der Frau producirten Verträgen die Identität der vorgefundenen mit den eingebrachten Sachen sofort zweifellos festgestellt werden kann. Die Frage der Illation ruht auch meist nicht auf Urkunden, sondern auf Zeugenbeweis.

Wenn die landrechtliche Ehefrau nach verbindlichen vor oder nach dem Eheschlusse vereinbarten Verträgen das gepfändete Mobiliar als vorbehaltenes Vermögen in Anspruch nehmen kann, so ist sie nicht nur processualisch nach § 51 C.P.O., sondern auch nach materiellem Rechte zur Erhebung der Interventionsklage ohne Beitritt des Ehemannes legitimirt. Sie kann sogar gemäß Abs. 2 des § 690 C.P.O. nach Umständen den Ehemann als Streitgenossen des Gläubigers mit verklagen, falls der Ehemann ihre Rechte bestreiten sollte.

Der V. C.S. des R.G. hat nun in dem Urtheil vom 2. November 1893 (Rassow u. K. Bd. XXXVII S. 1217) unter Bezugnahme auf die Urtheile in den Entsch. Bd. XIII S. 291 und Bd. XXVIII

S. 331 ausgeführt, daß die Rechte des Ehemanns am eingebrachten Vermögen der Frau nicht auf den Nießbrauch sich beschränkten, sondern auch die Verwaltung der Substanz unter Zuziehung der Frau mit umfaßten, und der Mann daher in Processen gegen die Frau über ihr eingebrachtes Vermögen mit verklagt werden müsse, gleichviel, ob der Anspruch aus einem Rechtsgeschäfte, oder einer unerlaubten Handlung herrühre. Es wird hervorgehoben, daß der § 51 C.P.O. darin nichts geändert habe. Die Abweisung der Klage wurde daher dadurch gerechtfertigt, daß der Ehemann nicht mit verklagt worden sei.

Daß nach märkischem Provinzialrecht der Ehemann rücksichtlich des eingebrachten Vermögens der Frau in der gleichen Rechtsstellung sich befindet, hat der VI. C.S. des R.G. in dem Urtheil vom 20. December 1893 (Entsch. XXXII S. 290) nach der Feststellung des Berufungsrichters anerkannt.

In einem Processe, in welchem eine Ehefrau im Beistande ihres Ehemannes ein eingebrachtes Darlehn einklagte, hat das Urtheil des I. C.S. des R.G. vom 5. December 1894 (Entsch. XXXIV S. 237) die überdies eidlich seitens des Berufungsgerichts erfolgte Vernehmung des Ehemanns als Zeugen für unzulässig und unbeachtlich erklärt, weil der Ehemann mit der Frau zusammen in den durch die eheliche Gemeinschaft bestimmten Verhältnissen die Partei sei, wenn auch die Ehefrau allein einen Parteieid zu leisten habe.

Das Urtheil des V. C.S. des R.G. vom 8. März 1895 (J. W. 1895 S. 292) hat ebenso angenommen, daß der Ehemann als mit verklagt anzusehen sei, wenn die Klage gegen die Ehefrau im Beistande des Ehemanns gerichtet sei, da die C.P.O. Beistände einer proceßfähigen Partei, was die Ehefrau nach § 51 l. c. sei, nicht kenne.

In einer bedenklichen Weise hat das Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 27. Januar 1896 (J.W. 1896 S. 102 Nr. 2) den Ehemann für mit verklagt angesehen, weil derselbe in der Schlußverhandlung die Proceßführung seiner Ehefrau genehmigt habe. Es wird beigefügt, daß diese persönliche Erklärung ohne Anwaltsbestellung genüge, und der Ehemann auch nicht Proceßpartei zu werden brauche. Die letzten Sätze stehen nicht im Einklange mit der Voraussetzung der vorgedachten Urtheile, nach welchen der Ehemann formell als mitverklagt erscheinen muß.

Was aus den vorangeschickten Urtheilen sich schon ergiebt, ist nun

direct in dem Urtheil des V. C.S. des R.G. vom 2. Januar 1894 (J.W. 1894 S. 113) dahin ausgesprochen worden, daß die Ehefrau zur Prozeßführung, in Beziehung auf ihr Eingebrachtes, weder activ noch passiv ohne Zuziehung des Ehemanns legitimirt sei. Die einseitige Proceßführung durch die Ehefrau wird als ein Eingriff in die Machtbefugnisse des Ehemanns bezeichnet, welchem außer dem Nießbrauch auch die Verwaltung des Eingebrachten zustehe. Gefolgert wird hieraus, daß die auf das Eingebrachte bezüglichen Rechtsverhältnisse immer nur einheitlich gegen beide Ehegatten festgestellt werden könnten, so daß der Ehemann immer als Streitgenosse und Proceßpartei erscheinen müßte. In der Sache selbst ist die Klage der Ehefrau abgewiesen worden, weil das Eintreten des Mannes in der Berufungsinstanz die mangelnde Klageerhebung nicht nachholen könne.

Nach dem Urtheil des IV. C.S. vom 13. Februar 1896 (J.W. 1896 S. 171) wird eine verklagte Wittwe, welche im Laufe des Processes heirathet, nicht proceßunfähig, wenn auch ihr Ehemann nur als Nebenintervenient in dem weiteren Verfahren sich betheiligen könne.

In dem Urtheil des V. C.S. vom 29. September 1894 (Rassow und K. Bd. XL S. 414) wird der Beitritt des Ehemanns in der Berufungsinstanz für ausreichend erklärt.

Nach diesen von dem Reichsgericht wiederholt und bestimmt festgehaltenen unanfechtbaren Gesichtspunkten rücksichtlich der Stellung des landrechtlichen und märkischen Ehemanns zum eingebrachten Vermögen der Ehefrau wird die Praxis von der alleinigen Zulassung der Ehefrau zur Erhebung der Widerspruchsklage in Beziehung auf dieses Vermögen Abstand nehmen müssen.

Der Fall, daß der Ehemann den Beitritt zur Klage versagt, dürfte nur höchst ausnahmsweise unter getrübten ehelichen Verhältnissen eintreten. Denkbar ist er allerdings, wenn die Eheleute in Scheidung leben.

Zur alleinigen Klage wird jedoch die Ehefrau befugt, wenn sie nach § 258 II S. 1 A.L.R. ihr Eingebrachtes zurückgefordert hat.

Sie wird auch allein klagen können, wenn bei einer Pfändung des Eingebrachten für eine Schuld des Ehemannes dieser latitirt, weil nach § 202 II 1 A.L.R. die Ehefrau bei Unbekanntschaft des Aufenthaltes des Mannes Alles zu thun berechtigt ist, was zu einer ordentlichen Vermögensverwaltung erforderlich ist.

Practisch erheblich ist der Umstand, daß, wenn der Ehemann im

Interventionsprocesse der Ehefrau als Partei mit auftreten muß, er in diesem Processe nicht zugleich als Zeuge vernommen werden kann, und die Ehefrau damit oft ein wichtiges und nach Umständen unersetzliches Beweismittel verliert.

Wenn die Frau allein klagte, ist bisher an sich zutreffend angenommen worden, daß der Ehemann als Zeuge zwar im Sinne des § 358 Nr. 4 C.P.O. am Ausgange des Processes unmittelbar betheiligt erscheine, derselbe jedoch über eine erhebliche Thatsache als Zeuge vernommen werden müsse und nach richterlichem Ermessen nachträglich vereidet werden könne.

Das Urtheil des R.G. vom 19. April 1895 (J.W. 1895 S. 263 Nr. 8) sieht auch den Gemeinschuldner in den Processen seitens des Konkursverwalters oder gegen denselben, soweit die Proceßkosten aus der Masse zu zahlen sein würden, für unmittelbar betheiligt an. Im Interventionsprocesse handelt es sich aber nicht blos um die Kosten, sondern mittelbar um die Tilgung einer Schuld des Ehemannes aus dem eingebrachten Vermögen der Frau, dessen Nutznießung nur dem Manne zusteht. In Processen rücksichtlich des vorbehaltenen Vermögens der Frau ist der Ehemann unbedingt zeugniß- und vereidigungsfähig.

Im Allgemeinen ist allerdings auf die Zeugenaussage, namentlich des nicht vereideten Ehemannes nach der Natur der Verhältnisse, ein maßgebendes Gewicht nicht zu legen, unbeschadet der absoluten Glaubwürdigkeit in einzelnen Fällen.

Wenn eine Ehefrau das gepfändete Mobiliar als vorbehaltenes Vermögen in Anspruch nimmt, weil dasselbe vor der Ehe von dem Manne aus dessen Mitteln angeschafft, nach der Hochzeit ihr aber als vorbehaltenes Vermögen geschenkt und körperlich übergeben worden sei, so wird die eidliche Aussage des als Zeugen benannten Ehemanns ihrer Glaubwürdigkeit nach darüber entscheiden, ob der Klägerin über dieses etwas auffällige Rechtsgeschäft ein richterlicher Eid anvertraut werden kann.

Die Schenkung würde an sich nach den § 1065 I 11 und § 199 II 1 A.L.R. verbindlich sein.

Ob die nach gem. Recht nichtige Schenkung unter Ehegatten auch nach märkischem Provinzialrecht gemäß § VII des Publicationspatents vom 5. Februar 1794 zum A.L.R. nichtig ist, entzieht sich nach § 511 C.P.O. der Judicatur des Reichsgerichts. Diese in der Theorie streitige Frage ist auch in der Praxis noch nicht zum festen Abschlusse gelangt.

In den Interventionsprocessen der Ehefrauen ergeben sich auch häufig Bedenken aus dem Wechsel des Ehedomicils mit einem anderen einem abweichenden Güterrechte unterstehendem Wohnorte. Es können Ausschließung der Gütergemeinschaft, die vorgeschriebenen Bekanntmachungen und Eide über den guten Glauben des Beklagten in Frage kommen.

## IV. Die Vertheidigung des beklagten Pfändungsgläubigers gegen die Widerspruchsklage.

Beklagter ist, wie gedacht, niemals der Gerichtsvollzieher, sondern stets der Gläubiger, welcher den Auftrag zur Pfändung ertheilt hat und nach vorgängiger Aufforderung oder auf Grund der zugestellten Klage die Pfandstücke nicht freigegeben und damit die Handlungen seines Mandatars thatsächlich als Mandant genehmigt hat.

Wie das Urtheil des IV. C.S. des R.G. (J.W. 1896 S. 322 Nr. 19) hervorgehoben hat, darf nach den §§ 59 und 60 der Geschäftsanweisung vom 24. Juli 1879 der Gerichtsvollzieher ohne Zustimmung des Gläubigers keine Vollstreckungshandlung rückgängig machen.

Das Bestreiten des Rechtsgeschäfts und des Rechtsverhältnisses, auf welches die Klage gestützt ist, seitens des Beklagten führt zur Aufnahme des von dem Kläger hierfür angetretenen Beweises. Es ist zu wiederholen, daß, wenn es dem Kläger nicht gelingt sein Klagefundament zu erweisen, sachliche Bemängelungen des Pfändungspfandrechts des Beklagten ihm nichts nützen können, weil ihm dann dazu jede Legitimation fehlt. Hat der Kläger aber sein die Veräußerung der Pfandstücke verhinderndes Recht nachgewiesen, dann hat er kein Interesse daran die Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts im Uebrigen zu bemängeln. Gewisse Einreden des Beklagten treten erst dann in den Vordergrund der Erörterung, wenn das Klagefundament an sich erwiesen erscheint.

Der nächste Einwand ist der der Anfechtung auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, wenn die Klage auf ein ernstliches und rechtsverbindliches Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß gestützt ist. Wenn der Beklagte nachzuweisen vermag, daß die Klage nicht auf ein ernstlich gewolltes Rechtsgeschäft gegründet ist, dann erhebt er, abgesehen von der Anfechtbarkeit, den Einwand der Simulation, weil ein Scheingeschäft kein Klagerecht giebt.

Diese beiden Einreden sind einer weiteren getrennten Erörterung, insbesondere nach Maßgabe der späteren Judicatur, zu unterstellen.

## A. Der Anfechtungseinwand nach dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879.

Das Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 24. Januar 1883 (Entsch. IX S. 73) trat der Ansicht von Otto (Lehre von der Anfechtung S. 101) entgegen, daß die paulinische Klage als Delictsklage ein bewußtes Wollen einer verbrecherischen That voraussetze. Es wird vielmehr ausgeführt, daß nach den Grundsätzen dieser Klage und den ausdrücklichen Vorschriften der Reichsgesetze über die Anfechtung entgeltlicher Rechtshandlungen nur erforderlich sei, daß der Schuldner bei Vornahme der Handlung sich des seine Gläubiger benachtheiliegenden Erfolges seiner Handlung bewußt gewesen sei, während sich aus den Gesetzen nicht rechtfertigen lasse, daß er auch der privatrechtlichen Unverbindlichkeit seiner Handlung sich bewußt gewesen sein müsse.

Nach dem Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 15. Mai 1891 (Entsch. XXVII S. 131) genügt jenes Bewußtsein jedoch nicht zur Anfechtung reiner Erfüllungsgeschäfte; deren Anfechtbarkeit setze den Nachweis besonderer für die Benachtheiligungsabsicht sprechender Umstände voraus.

Der II. C.S. des R.G. erklärt in dem Urtheil vom 20. Mai 1884 (Entsch. XI S. 173) von dem Standpunkte des § 252 der R.K.O. aus, welcher, dem Gesetze vom 21. Juli 1879 gegenüber, die Anfechtbarkeit erleichtert, das Bewußtsein des Gläubigers, daß die Rechtshandlung einen nachtheiligen Erfolg für die übrigen Gläubiger haben könne, zur Anfechtung nicht für ausreichend, weil das Gesetz eine Absicht der Benachtheiligung und die Kenntniß von dieser auf seiten des Mitcontrahenten fordere. Unzureichend ist auch nach diesem Urtheile die bloße Absicht, einen einzelnen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen. Die Feststellung der Benachtheiligungsabsicht wird auch bei der Anfechtung einer datio in solutum für erforderlich erklärt.

Der in dem vorgedachten Urtheile ausgesprochene Grundsatz, daß die bloße Begünstigung eines einzelnen Gläubigers vor den anderen Gläubigern zur Anfechtung nicht genüge, ist bestimmter noch in dem Urtheile des V. C.S. des R.G. vom 29. Mai 1896 (J. W. 1896 S. 357 Nr. 15) dahin ausgeführt:

»Die volle Befriedigung eines Gläubigers mit dem Bewußtsein, daß für die anderen Gläubiger hinreichende Befriedigungs-

mittel nicht übrig bleiben, rechtfertigt den Schluß noch nicht, daß der Schuldner die Absicht gehabt hat, seine Gläubiger zu benachtheiligen.«

Darnach müssen also für diese Absicht der Benachtheiligung noch besondere Umstände aus dem persönlichen Verhältniß des Schuldners zu dem begünstigten Gläubiger oder aus der Art und Weise der Befriedigung sprechen. Die zur Anfechtbarkeit erforderliche fraudulose Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nennt v. Wilmowski in seinem Kommentar zur R.K.O. (5. Auflage S. 136) zutreffend: »Das Bewußtsein der Vermögensverminderung für die Gläubiger als Inhalt des Willens.« Die Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit ist nach den Motiven zu § 24 der R.K.O. (S. 130) für den Beweis wichtig, aber zur Anfechtbarkeit nicht nöthig und allein auch nicht genügend.

Die Feststellung der Benachtheiligungsabsicht unterliegt geringeren Schwierigkeiten, wie bei der Begünstigung einzelner Gläubiger, bei Verfügungen des Schuldners durch unwirthschaftliche Veräußerung einzelner Theile der Activmasse an dritte Personen außerhalb seiner Gläubiger. Darin liegt eine beabsichtigte Verminderung der für alle Gläubiger erheblichen Befriedigungsmittel. Das zuletzt allegirte Urtheil des III. C.S. vom 15. Mai 1891 hebt wiederholt hervor, daß das Bewußtsein der bloßen Möglichkeit der Benachtheiligung der Gläubiger zur Feststellung der Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger nicht genüge. Der Schuldner müsse sich vielmehr bestimmt bewußt sein, daß er durch das angefochtene Rechtsgeschäft nach den gegenwärtig vorliegenden Umständen und dem gewöhnlichen Laufe der Dinge eine den übrigen Gläubigern nachtheilige Verminderung seines Vermögens herbeiführe.

Das Urtheil des VI. C.S. des R.G. vom 21. April 1892 (Rassow u. K. Bd. XXXVI S. 1145) sieht mit Recht die Benachtheiligungsabsicht für vorliegend an, wenn durch die Veräußerung sich die Vermögenslage des Schuldners zu Ungunsten des seine Befriedigung suchenden Gläubigers verändert und dessen Befriedigung vereitelt oder erschwert wird.

Die durchaus zutreffende Ansicht des Reichsgerichts, daß die fraudulose Absicht des Schuldners schon bei Abschluß des angefochtenen Geschäfts vorgelegen haben müsse, ist insbesondere scharf in dem Urtheile des II. C.S. vom 13. März 1885 (Entsch. XIV S. 42) hervorgehoben worden. Der Schuldner hatte sein Schrift-

gießergeschäft für 185000 Mark an seinen Schwiegervater unter Aufrechnung von Forderungen gegen 8000 Mark baar und 17000 Mark Accepte verkauft. Er begab sich wenige Tage darauf unter Mitnahme der Baarschaft und der Wechsel in das Ausland. Sein Aufenthalt blieb unbekannt.

Der Anfechtung des Kaufgeschäfts seitens eines älteren Gläubigers wurde von dem Berufungsgericht stattgegeben. Dasselbe stützte die fraudulose Absicht jedoch lediglich darauf, daß seitens des Schuldners durch den Verkauf greifbare Vermögensstücke weggegeben worden seien.

Das Reichsgericht hob unter Zurückverweisung das Urtheil auf, weil nur aus dem Hinzutreten anderer Thatumstände die Benachtheiligung durch den Abschluß des Vertrags zu folgern sei, während in concreto sehr nahe liege, daß der Schuldner schon bei dem Vertragsschlusse den Willen gehabt, Geld und Wechsel vor den Gläubigern zu verbergen, was noch aufzuklären sei.

Das Urtheil des III. C.S. v. 30. October 1888 (Entsch. XXII S. 44) bezeichnet als Voraussetzung der Anfechtbarkeit nach § 1 des Anfechtungsgesetzes eine vorausgegangene erschöpfende Execution in das Vermögen des Schuldners, erklärt andererseits aber den Nachweis der wirklichen oder voraussichtlichen Unfähigkeit des Schuldners zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers für ausreichend. Die Möglichkeit einer theilweisen Beitreibbarkeit der Forderung schließe die Anfechtungsklage nicht aus.

Im Uebrigen steht dieses Urtheil des III. C.S. in einem nicht zu lösenden Gegensatze zu dem auf S. 51 vorerwähnten Urtheile des II. C.S. vom 20. Mai 1884, indem es ausführt:

»Eine Benachtheiligung des andringenden Gläubigers wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das im Veräußerungsvertrage vereinbarte Entgelt dem Werthe der veräußerten Sache des Schuldners entspricht, wenn nur durch den Umsatz desselben in baares Geld einerseits dem Gläubiger ein pfändbares Vermögensobject entzogen und andererseits dem verkaufenden Schuldner eine von demselben benutzte Gelegenheit zur anderweiten Verwendung des Geldes geboten wurde.

Nicht erforderlich zur Annahme der fraudulosen Absicht (des Schuldners) war es, daß dieser schon bei Abschluß jenes Kaufvertrags die Absicht hatte,

den für die veräußerten Mobilien versprochenen Kaufpreis nach dessen Vereinnahmung verschwinden zu lassen; es genügte eine durch die angefochtene Rechtshandlung absichtlich herbeigeführte, die Executionsbefugniß des Gläubigers beeinträchtigende Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners ohne Rücksicht auf eine besondere Gestaltung dieser Absicht.«

Das Urtheil des III. C.S. vom 5. April 1887 (Entsch. XVIII S. 122) hatte schon dahin gestellt sein lassen, ob eine Benachtheiligung der Gläubiger bereits durch den Vertragsschluß eingetreten sein müsse. Es war nur ausgesprochen, daß eine Benachtheiligung nicht stets ausgeschlossen sei, wenn das Entgelt dem Werthe des veräußerten Gegenstandes völlig entspreche, da eine Benachtheiligung durch den Abschluß des Vertrags auch dann eintrete, wenn für die durch die Veräußerung der Execution entzogenen Vermögensstücke kein Ersatz geboten würde, weil, wie hier, das Entgelt in Geld bestehe, welches eine Verwendung findet, die nichts zurückläßt, woran sich die Gläubiger halten könnten.

Der III. C.S. hat jedoch in dem Urtheil vom 20. Mai 1892 (Entsch. XXVI S. 79) erklärt, daß er nach wiederholter Prüfung die in dem vorgedachten Urtheile ausgesprochene Ansicht nicht mehr festhalte, sondern vielmehr den Ausführungen des VI. C.S. vom 5. Febr. 1891 (Entsch. XXVII S. 99) beitrete, welcher nach den Motiven zur R.K.O. feststellt, daß der § 23 Nr. 1 der R.K.O. nach seinem Wortlaute voraussetze, daß die Konkursgläubiger durch die Eingehung der angefochtenen Rechtsgeschäfte benachtheiligt worden seien, und hiernach der Umstand allein, daß die Gegenleistung für eine von dem Gemeinschuldner nach der Zahlungseinstellung veräußerte Sache nicht in die Konkursmasse gelangt sei, nicht genüge, um eine Benachtheiligung der Konkursgläubiger anzunehmen. Es wird darnach angenommen, daß es für den Thatbestand der § 23 Nr. 1 R.K.O. nicht genüge, wenn die Benachtheiligung der Konkursgläubiger erst nach Eingehung des Geschäftes durch die späteren Schicksale der Gegenleistung, insbesondere durch die Verfügungen des Gemeinschuldners über dieselbe veranlaßt ist. Darnach wird noch keine Benachtheiligung der Gläubigerschaft in der erleichterten Möglichkeit von Verschleuderungen seitens des Cridars erblickt, welche durch den Umsatz von Vermögensobjecten in Geld geboten wird.

Mit dieser jüngsten Auffassung des III. C.S. ist auch die Ansicht des vorgedachten Urtheils desselben Senats vom 30. October 1888 fallen gelassen worden, welches zur Annahme der Fraudulosität nicht für erforderkich erklärt, daß die Absicht das Kaufgeld verschwinden zu lassen, schon bei dem Abschlusse des Geschäftes vorhanden gewesen sein müsse.

Ganz in demselben Sinne erklärt der § 3 Nr. 1 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 Rechtshandlungen für anfechtbar, welche der Schuldner in der dem anderen Theil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat.

Soweit decken sich die Begriffe beider Gesetze, während im übrigen die R.K.O. das Anfechtungsrecht wesentlich erweitert hat.

An dem durch die Judicatur des Reichsgerichts nach einigem Schwanken für festgestellt zur erachtenden Grundsatze, daß nach dem Anfechtungsgesetz die Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger auf seiten des Schuldners schon bei Eingehung des Geschäftes vorhanden gewesen sein muß, ist unbedingt festzuhalten, weil die geltend gemachte Anfechtung überhaupt nur dann durchgreift, wenn bei zweiseitigen Geschäften dem Gegencontrahenten diese Absicht bei Vornahme der Rechtshandlung bekannt war.

Für eine nach dem Abschlusse des Geschäfts seitens des Schuldners erst gefaßte Benachtheiligungsabsicht kann der Gegencontrahent nicht verantwortlich gemacht werden, selbst wenn er von dieser späteren Absicht Kenntniß erlangt hat.

Es könnte sonst Niemand, ohne der Gefahr der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts sich auszusetzen, von einem Verschuldeten bewegliche Sachen selbst zum vollen Werthe kaufen, wenn er sich nicht darüber Gewißheit verschafft hätte, wie der Verkäufer das zu zahlende Kaufgeld wirthschaftlich verwenden wolle und werde.

Auch in den gesetzlichen Fällen, in welchen die Kenntniß der Benachtheiligungsabsicht bei dem Gegencontrahenten vermuthet wird, genügt der diesem nachgelassene Gegenbeweis, daß er zur Zeit des Geschäftsabschlusses keine Kenntniß von der Benachtheiligungsabsicht gehabt habe.

Es wird übrigens sehr häufig die Absicht des Schuldners, den Geldgewinn des Geschäfts zum Nachtheil der Gläubiger zu verwenden, bei Abschluß des Geschäfts aus den begleitenden Umständen erkennbar sein.

Zur erschöpfenden Darstellung der Auffassung des Reichsgerichts

rücksichtlich der Anfechtbarkeit sind noch mehrere Urtheile desselben zu allegiren.

Zum § 2 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 hat schon das Urtheil des II. C.S. vom 17. October 1884 (Entsch. XII S. 401) anerkannt, daß die Darlegung der Vermögenslosigkeit des Schuldners eine Voraussetzung der Anfechtbarkeit sei und diese noch nicht unbedingt aus einer erfolglosen Mobiliarpfändung sich ergebe, weil executionsfähige Mittel des Schuldners außer Zugriff geblieben sein könnten. Dem Anfechtungsbeklagten bliebe daher der Nachweis freigestellt, daß derartige Mittel noch vorhanden seien, während die Verweisung der Versilberung des Immobiliarbesitzes unzulänglich sei.

Rücksichtlich der Benachtheiligung des anfechtenden Gläubigers sieht schon das Urtheil des I. C.S. vom 20. Juni 1883 (Entsch. X S. 6) im Anschlusse an Jaeckel (Anfechtung S. 52 u. 82) die Benachtheiligungsabsicht für vorliegend an, wenn durch die Rechtshandlung eine Gestaltung der Vermögenslage des Schuldners geschaffen sei, welche die Executionsbefugniß beeinträchtige, und dadurch den Vermögensstand des Schuldners verschlechtere. Ein Kausalzusammenhang zwischen dem angefochtenen Vertrage, und dem von dem Kläger erlittenen Nachtheil sei allerdings erforderlich, weil das Gesetz voraussetze, daß der Gläubiger durch den Vertragsabschluß zur Zeit desselben benachtheiligt sei. Dabei wird das Recht des Schuldners nicht verkannt, sein Vermögen bis zur Erschöpfung der Activa zur Befriedigung eines Theiles seiner Gläubiger zu verwenden, und diese dadurch vor den übrigen zu begünstigen. Für anfechtbar werden jedoch derartige Verträge erklärt, wenn eine solche Verwendung zwar beabsichtigt, dieselbe thatsächlich nicht bewirkt worden ist.

Dieser Schlußsatz erscheint bedenklich, da in diesem Falle die Benachtheiligungsabsicht zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht vorhanden war. Die in dem Urtheil des II. C.S. vom 17. März 1885 (Entsch. XIII S. 300) für das rheinische Recht ausgesprochene Ansicht, daß, da nach Art. 2093 code civil das Vermögen des Schuldners das gemeinschaftliche Unterpfand seiner Gläubiger sei, der Verkauf der gesammten Fahrniß an einen einzelnen Gläubiger anfechtbar wäre, scheint durch das Urtheil desselben Senats vom 19. December 1891 (Entsch. XXVIII S. 139) fallen gelassen zu sein. Dieses Urtheil führt aus, daß das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 die Anfechtung lediglich auf Grund reichsgesetzlicher

Vorschriften gestatte, und der Landesgesetzgebung das Recht entzogen habe, die Anfechtbarkeit einzelner Handlungen in anderer Weise zu regeln.

Es sind nicht blos die allgemeinen, sondern auch die besonderen Vorschriften des Landesrechts für beseitigt erachtet, welche sich mit der durch die Reichsgesetzgebung geregelten Materie des Anfechtungsrechtes befassen. Zu diesen Vorschriften wird der Art. 788 code civil gerechnet. Hieraus folgt, daß auch der Art. 2093 code civil auf das Anfechtungsrecht einen Einfluß nicht ausüben kann.

In Uebereinstimmung mit mehreren Vorentscheidungen und dem zuerst allegirten Urtheil des III. Senats vom 24. Januar 1883 hat das Urtheil des VI. C.S. vom 3. Mai 1890 (Entsch. XXVI S. 11) näher begründet, daß nach § 2 des Anfechtungsgesetzes den Motiven entsprechend die Grundlage des Anfechtungsrechts nicht in einem verübten Betruge, sondern in der Verletzung des jedem Gläubiger zustehenden Befriedigungsrechtes zu erblicken sei. Darnach wird für unerheblich erklärt, wann die Forderung des anfechtenden Gläubigers entstanden sei, und ob zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Rechtsgeschäfts die Entstehung jener Forderung von dem Schuldner vorausgesehen worden ist, oder auch nur vorausgesehen werden konnte.

Einen hiervon abweichenden Standpunkt hatte der II. C.S. in dem Urtheil vom 5. Mai 1885 (Entsch. XIII S. 166) eingenommen, den er jedoch in dem Urtheil vom 13. Juli 1888 (J. W. 1888 Nr. 88, S. 383) hat fallen lassen.

Die leitenden Hauptgesichtspunkte der Judicatur des Reichsgerichts hinsichtlich der Anwendung des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 sind hiermit erörtert.

Für den erkennenden Richter ist es nicht so schwierig, nach § 259 C.P.O. zu einer Ueberzeugung darüber zu gelangen, ob der Schuldner nach den vorbesprochenen Voraussetzungen bei dem Abschlusse eines sein executionsfähiges Vermögen schmälernden Rechtsgeschäfts die Absicht, oder das dieser gleichstehende Bewußtsein des gewollten Erfolges einer Benachtheiligung seiner Gläubiger gehabt hat. Es kommt dabei neben den begleitenden Umständen wesentlich die Vermögenslage des Schuldners und der Umfang seiner Verbindlichkeiten nach Maßgabe der Parteibehauptungen und der Beweisergebnisse in Betracht.

Schwieriger ist der zum Obsiegen des Klägers unerläßliche Nachweis zu erbringen, daß der Gegencontrahent von diesem Bewußt-

sein des Klägers zur Zeit des Vertragsabschlusses Kenntniß gehabt hat.

Rücksichtlich der im Gesetz genannten Verwandten und Verschwägerten greift bei entgeltlichen Geschäften die gesetzliche Vermuthung für die Mitwissenschaft bis zum Gegenbeweise Platz.

Für die Kenntniß eines anderen dem Schuldner fern stehenden Gegencontrahenten spricht keine Vermuthung. Diesem muß ein bestimmtes Wissen nachgewiesen werden. Jedenfalls muß der Beklagte eine sichere Mitwissenschaft von der ungünstigen Vermögenslage des Schuldners haben. Andererseits bedarf es nicht einer Abrede über die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners, und nicht einmal irgend einer Mittheilung des Schuldners über dieselbe. Es genügt bei dem Abschlusse des Geschäfts ein überzeugender Eindruck, daß der Schuldner seinen Gläubigern, Executionsobjecte zu entziehen, beabsichtigt. Da über diese conscientia fraudis häufig nur der dem klagenden Gegencontrahenten des Schuldners hierüber von dem Beklagten oder richterlich auferlegte Eid entscheidet, hängt der Erfolg der Klage oft lediglich von dem richtigen Verständniß des Eides seitens des Klägers und dessen Gewissenhaftigkeit ab. Wenn der Schuldner nicht mitverklagt ist, erscheint er als Zeuge stets am Ausgange des Processes unmittelbar betheiligt, da die Tilgung einer seiner Schulden mittelbar in Frage steht. Seine Vereidung ist daher nach § 358 Z. 4 C.P.O. dem richterlichen Ermessen unterstellt.

## B. Der Simulationseinwand des Beklagten.

Der Einwand der Simulation wird von dem Beklagten häufig in Beziehung auf das Rechtsgeschäft erhoben, durch welches der Widerspruchskläger Eigenthümer der in dem Gewahrsam des Schuldners belassenen gepfändeten Sachen geworden sein will.

Oft wird der Einwand des Scheingeschäfts vorangestellt, und nur für den Fall, daß ein ernstliches Geschäft vorliegen sollte, die Einrede der Anfechtung aus dem Gesetz vom 21. Juli 1879 von dem beklagten Pfändungsgläubiger geltend gemacht. In der neueren Doctrin hat der Begriff des Scheingeschäfts unter kritischer Bemängelung einiger Präjudicate des Reichsgerichts eine etwas engere Begrenzung gefunden. Ich nehme in dieser Beziehung auf die Ausführungen des Rechtsanwalts Dr. Kuhlenbeck in dem 27. Abschnitte seiner Besprechung der Rechtssprechung des Reichsgerichts (J.W. 1895 S. 617) Bezug.

Es ist der Auffassung beizutreten, daß das Scheingeschäft im engeren Sinne auf ein Uebereinkommen zu beschränken ist, nach welchem das fragliche Geschäft nach dem Willen der Contrahenten gar keine rechtliche Wirkung äußern und in der That ein nihil actum sein soll.

Ein solcher Fall liegt vor, wenn ein Schuldner bei drohenden Schuldklagen, um sein Mobiliar der Pfändung zu entziehen, dasselbe zum Schein an einen Anderen verkauft und leihweise behält, über das gar nicht gezahlte Kaufgeld quittirt und sich verpflichtet, die ihm veräußerten Gegenstände jederzeit auf Erfordern scheinbar zurückzuverkaufen. Nach diesem Abkommen soll der Käufer aus demselben gar keine Rechte erwerben, sondern dem Schuldner nur zur Täuschung der Gläubiger desselben eine Gefälligkeit erweisen und seiner Zeit zum Schein einen Rückkaufsvertrag unterschreiben. Es kann übrigens bei allen ernstlichen Veräußerungsgeschäften nach dem Urtheil des VI. C.S. vom 4. März 1895 (J.W. 1895 S. 20 Nr. 37) die Einräumung und Ergreifung des Besitzes zeitlich auseinanderliegen, so lange der bisherige Besitzer seine Willenserklärung nicht widerrufen hat.

Ein Scheingeschäft im engeren Sinne liegt auch dann vor, wenn ein Schuldner, um künftige Pfändungen fruchtlos zu machen, sein Erwerbsgeschäft zum Schein auf den Namen seiner Frau oder einem Dritten überträgt, und dann dasselbe auf eigene Rechnung und nur scheinbar als Gehülfe oder Werkführer des Uebernehmers fortbetreibt.

In diesen Fällen schafft das abgeschlossene Scheingeschäft ein Nichts, ein Trugbild nach den Worten des ehemaligen preußischen Obertribunals (Entsch. X S. 359) und des Urtheils des IV. C.S. des R.G. vom 28. Februar 1881 (Entsch. IV S. 249). Die Anfechtung wird nach § 52 I S. 4 A.L.R. jedem Dritten zugestanden, der ein eigenes wirkliches Interesse an der Anfechtung im Wege der Klage oder des Einwands habe. Es wird jeder Gläubiger für befugt erachtet, zu beweisen, daß die Pfandstücke nicht aus des Schuldners Eigenthum herausgetreten, und bei dessen fortdauerndem Eigenthumsbesitze zum Verkaufe zu bringen seien.

Eccius (Privatrecht Bd. I S. 164 Anm. 9) ist zutreffend der Meinung, daß, wenn die veräußerte Sache nicht in dem Gewahrsam des Schuldners verblieben sei, der Anfechtungsklage wegen Simulation eine Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf An-

fechtung des Scheingeschäfts vorausgehen müsse, während bei fortgesetztem Gewahrsam des Schuldners die Pfändung sofort ausführbar sei.

Eine andere Art fingirter, nicht als Scheingeschäfte zu bezeichnender Rechtshandlungen hat den Zweck, ernstlich ein durch ein Scheingeschäft verdecktes Rechtsverhältniß zu begründen, welches verschleiert unverbindlich sein kann. Das Letztere nimmt Kuhlenbeck rücksichtlich der verdeckten Pfandbestellungen an beweglichen körperlichen Sachen ohne wirkliche Besitzübergabe für die Rechtsgebiete an, welche, wie auch das A.L.R., eine Verpfändung beweglicher Sachen ohne Naturalübergabe für unverbindlich erachten.

Kuhlenbeck sagt:

> »In diesen Rechtsgebieten gehört es zu den häufigsten Vorkommnissen, daß, um die vorgeschriebene Verpfändung mit Besitzübergabe zu umgehen, Kaufverträge geschlossen werden, in denen der Schuldner als Verkäufer sich ein Rückkaufsrecht vorbehält, und das Eigenthum an den Gläubiger als Käufer und den Besitz durch constit. possess. überträgt.«

Kuhlenbeck nimmt an, daß derartige Verträge in den gedachten Rechtsgebieten als zur Umgehung des Gesetzes in fraudem legis geschlossen unverbindlich und zur Begründung der Widerspruchsklage untauglich seien.

Er polemisirt in diesem Sinne gegen mehrere Reichsgerichtsentscheidungen, welche derartige Kaufsgeschäfte zur Sicherstellung, wenn ein Eigenthumswechsel ernstlich beabsichtigt worden, auch in den gedachten Rechtsgebieten für zulässig und verbindlich, und darnach zur Erhebung der Interventionsklage für geeignet ansehen.

Die beiden Urtheile, das des I. C.S. vom 9. October 1880 (Entsch. II S. 168) und das des III. C.S. vom 24. September 1880 (Entsch. II S. 173), betreffen beide derartige Verkäufe in den auch nnr das Besitzpfand anerkennenden Rechtsgebieten von Frankfurt a. M. und Cassel.

Das erstere Urtheil führt aus:

> »Es ist nicht nur rechtlich durchaus zulässig, sondern auch in häufiger Uebung, daß einem Gläubiger zu seiner Sicherstellung wegen einer persönlichen Forderung von seinem Schuldner ein Vermögensobject in durchaus ernstlicher Absicht verkauft und übertragen wird, der Art, daß der Gläubiger als Käufer wirklicher Eigenthümer und zur Ausübung aller

Rechte des Eigenthümers befugt sein solle, der wirthschaftliche Zweck einer bloßen Sicherstellung aber dadurch erreicht wird, daß der Gläubiger durch Nebenabreden sich persönlich verbindlich macht, unter gewissen vereinbarten Bedingungen das Eigenthum dem bisherigen Eigenthümer zurückzuübertragen, oder demselben auch ganz oder zum Theil den Nettoertrag bezw. den Erlös eines etwaigen Weiterverkaufes der verkauften Sache zufließen zu lassen.«

Der Käufer klagte im vorliegenden Falle auf Herausgabe des verkauften, dem Beklagten durch constit. posses. leihweise belassenen Mobiliars nach Ablauf der vereinbarten Rückkaufsfrist.

Die Instanzgerichte hatten abgewiesen, weil nicht ein Kauf- sondern nur ein Pfandvertrag beabsichtigt worden. Das Reichsgericht erachtete diesen Einwand zwar für statthaft, wies jedoch unter Aufhebung des Urtheils die Sache behufs weiterer thatsächlicher Aufklärung an die Vorinstanz zurück, wiewohl schon erhebliche Indicien für die Verschleierung des Pfandvertrags vorlägen.

Das ältere Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 24. Sept. 1880 (Entsch. II S. 173) betrifft einen ganz gleichartigen Fall aus dem Bezirke des Oberlandesgerichts zu Cassel bei Ueberlassung der Kaufobjecte zur Benutzung ohne Entgelt auf unbestimmte Zeit. Es wird vorausgeschickt:

»Nun kann zwar unter Umständen ein wirklicher Kaufvertrag zu dem Zwecke abgeschlossen werden, um dem Gläubiger Sicherheit wegen seiner Forderung an den Schuldner zu verschaffen, und es wird der rechtliche Charakter und die Wirkung eines solchen Contracts dadurch nicht geändert, daß die Contrahenten den Beweggrund zum Vertrage ausdrücklich hervorheben. Allein immerhin muß deren Absicht erkennbar auf Uebertragung des Eigenthums am Kaufobjecte gegen Gewährung des Kaufgeldes geäußert sein.«

In concreto hat das Reichsgericht das auf Abweisung des Interventionsklägers lautende Urtheil erster Instanz wiederhergestellt, weil weder ein wahrer Kaufpreis vereinbart worden, noch die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, dem Käufer die streitigen Mobilien eigenthümlich zu übertragen, vielmehr nur nach l. 1, 2, 3 Cod. plus valere 4, 22 ein verbotener Pfandvertrag vorgelegen habe, wonach weder das abgeschlossene vorgespiegelte, noch das wirklich eingegangene Geschäft gelte. Den Schlußsatz dieses Urtheils, daß ein

nicht rechtsverbindlicher Contract auch durch spätere Abänderungen nicht gültig werden könne, wird mit Recht von Kuhlenbeck deshalb angefochten, weil auch der Convalescenz eines Anfangs nichtigen Geschäftes durch Nachholung seines Mangels nichts im Wege stehe.

Diese beiden Urtheile des Reichsgerichts lassen die Frage völlig unerwogen, ob in den Rechtsgebieten, welche nur das Besitzpfand anerkennen, in einem ernstlichen Verkauf zur Sicherung einer Forderung eine die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich ziehende Umgehung des Gesetzes liege.

Aus diesem Stillschweigen folgt, daß das Reichsgericht diese von Amtswegen zu prüfende Frage verneint hat.

Baehr bemerkt aber (Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechung S. 56) in Beziehung auf diese beiden Urtheile, daß das Reichsgericht die nicht simulirten Rechtsgeschäfte als in fraudem legis zur Umgehung des Gesetzes geschlossen für nichtig hätte erklären müssen.

Das Urtheil des I. C.S. des R.G. vom 10. Januar 1885 (Entsch. XIII S. 200) spricht den Grundsatz aus, daß es bei ernstlicher Uebertragung des Eigenthums nicht darauf ankomme, ob das vorliegende Rechtsgeschäft Kauf oder Sicherung einer Darlehnsforderung sei. Es erkennt noch an, daß ein zur Umgehung eines gesetzlichen Verbots (in fraudem legis) abgeschlossenes Rechtsgeschäft ebenso wie ein geradezu gegen das gesetzliche Verbot (contra legem) verstoßendes, nach gem. Recht nichtig sei (L. 5 Cod. de legibus 1, 14). In concreto wird jedoch verneint, daß in Mecklenburg eine Verpfändung von Mobilien durch constit. poss. verboten sei.

Nach einem späteren Urtheil des VI. C.S. vom 2. Juni 1890 (Entsch. XXXVI S. 181) ist dagegen in einem gleichartigen Falle diese Fraudulosität des Sicherheitsverkaufs gegen die in Bezug genommene abweichende Doctrin ausdrücklich verneint worden.

Die Kläger vindicirten nach hamburgischem Recht, welches nur das Besitzpfand anerkennt, aus einer Konkursmasse eine Reihe von Gegenständen, die seitens des Gemeinschuldners zur Sicherheit für eine übernommene Bürgschaftsschuld ihnen verkauft waren. Der Konkursverwalter erkannte an, daß der beiderseitige Wille auf Eigenthumsübertragung zur Sicherung eines eventuellen Regreßanspruchs gerichtet gewesen; er bestritt aber die Zulänglichkeit der Uebergabe, da die Sachen in dem Gewahrsam des Gemeinschuldners geblieben seien.

Das Reichsgericht sah mit dem Berufungsrichter nach näherer Ausführung die Uebergabe durch constit. possess. für vollzogen an.

In der Revisionsinstanz wiederholte der Konkursverwalter den von dem Berufungsrichter verworfenen Einwand, daß in einem solchen ernstlichen Verkaufe zur Sicherheitsleistung ohne körperliche Uebergabe eine die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich ziehende Umgehung des Gesetzes liege.

Dieser Einwand wurde jedoch auch von dem Reichsgericht unter näherer Begründung verworfen.

Das Reichsgericht erkennt an, daß es nach der Klarstellung in in der allegirten neueren Literatur durch Köhler, Regelsberger, Endemann, Baehr, Hellwig und Leist in concreto nicht um eine Frage der Simulation, sondern um die der Umgehung des Gesetzes sich handele.

Nach längerer hypothetischer Deduction, auf welche hier nur Bezug genommen werden kann, gelangt das Reichsgericht jedoch zu dem Ergebnisse, daß im vorliegenden Falle keine Umgehung der Konkursordnung und des hamburgischen Einführungsgesetzes zu dieser anzunehmen sei.

Es wird ausgeführt, daß von einer Umgehung des Gesetzes überhaupt nur in Beziehung auf gebietende oder verbietende Gesetze, d. h. auf solche Gesetze, welche eine Unterlassung oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Handlung vorschreiben, gesprochen werden könne; solche Gesetze seien aber die in Rede stehenden nicht, am wenigsten die Konkursordnung 2c., welche nur kein Absonderungsrecht auf Grund eines, auf eine andere Art begründeten Pfandrechts an einer beweglichen Sache kenne.

Es wird ferner beigefügt:

> »Aber auch wenn das hamburgische Ausführungsgesetz im § 4 daran die Bestimmung schließt, daß auf andere Weise überhaupt kein Pfandrecht an einer beweglichen Sache bestellt werden könne, so ist hier auch von einem bestehenden Verbote keine Spur zu erblicken.«

Kuhlenbeck (l. c. S. 620) bezeichnet diese Reichsgerichtsentscheidung, welche in diesem Verkaufe auf Zeit zur Sicherheit nur ein erlaubtes fiduciarisches Geschäft und keine unzulässige Umgehung des Gesetzes erblickt, für keine glückliche. Er hält jeden Rechtssatz für eine gebietende oder verbietende Norm, wenn auch nicht immer unmittelbar für die Parteien, so doch für den Richter. Er vermißt die logische

Interpretation des den moderneren Ideen gegenüber keineswegs rückständigen auf dem Princip der Specialität und Publicität ruhenden Verbots der Verpfändung beweglicher Sachen ohne Besitzübertragung bei Nichtigkeit der Zuwiderhandlung.

Ganz zutreffend sagt Kuhlenbeck:

> »Wer in der Praxis steht, weiß, wie gerade diese Verträge, welche die particularrechtlich fast überall bestehenden Pfandgesetze des hier fraglichen Inhalts lahm legen, eine wahre Kalamität für das Creditwesen bilden. Man sieht es eben dem creditsuchenden Schuldner nicht an, ob ein Kaufvertrag mit Rückkaufspact auf seiner fahrenden Habe lastet, ob er Detentor oder Eigenthümer ist. Ich halte daher mit Baehr, Kohler (Dogmatische Jahrbücher XVI S. 141) und Leist (Die Sicherung der Forderungen S. 80 und 88) diese Rechtsgeschäfte zwar nicht für simulirt, auch nicht für Beispiele einer erlaubten fiducia, sondern für ächte Beispiele einer Manipulation in fraudem legis.«

Im Ergebnisse kann ich mich dieser Auffassung nur anschließen, wenn ich der Ansicht des Reichsgerichts auch dahin beitrete, daß in der Versagung des Absonderungsrechts ein Verbot des besitzlosen Pfandrechts, welches das gemeine Recht ja anerkennt, nicht gefunden werden kann. Dagegen enthält der § 4 der hamburgischen Ausführungsverordnung zur Konkursordnung ebenso wie das preuß. A.L.R. das directe Gebot, daß nur ein Besitzpfand als Pfandrecht gesetzlich anerkannt wird. Daraus folgt, daß ein ernstliches Rechtsgeschäft, welches ein Pfandrecht ohne körperliche Besitzeinräumung bewirken soll, das Gesetz umgeht und deshalb nichtig ist.

Die Statthaftigkeit eines derartigen zeitweisen Eigenthumsübergangs an sich, für welchen in der Praxis der Begriff eines fiduciarischen Eigenthums auftaucht, ist durchaus zutreffend in dem Urtheil des V. C.S. vom 11. März 1896 (J.W. 1896 S. 213) für das Gebiet des A.L.R. dahin gerechtfertigt, daß die Besonderheit des fiduciarischen Kaufs in der Verpflichtung des Käufers zum Zurückverkaufe gegen Erstattung des Kaufpreises bestehe, da es nicht Voraussetzung eines gültigen Kaufes sei, daß der Käufer Eigenthümer bleiben solle, sondern nur, daß er es werden solle.

Damit ist aber noch keineswegs die Frage gelöst, ob ein solcher fiduciarischer Verkauf auch dann verbindlich ist, wenn die Contrahenten ausschließlich beabsichtigen, bei einer Uebergabe durch const. possess.

lediglich dem Käufer eine Sicherheit für eine persönliche Forderung zu verschaffen, und damit in den Gebieten des A.L.R., der Städte Frankfurt a. M. und Hamburg sowie in der Provinz Hessen das Gesetz zu umgehen, nach welchem mit beweglichen Sachen ohne Uebertragung des körperlichen Besitzes ein Pfandrecht zur Sicherheit nicht bestellt werden soll.

Es liegt auf der Hand, daß ein solches Geschäft, auch wenn der Kauf ernstlich gemeint ist, wirthschaftlich keinen anderen Zweck verfolgt, als dem Gläubiger für seine Forderung eine Sicherheit zu verschaffen und die verkauften in den Händen des Schuldners belassenen Sachen für andere Gläubiger unpfändbar zu machen, ohne dem Schuldner den Besitz und den Gebrauch der Sachen zu entziehen. Daß ein solches Geschäft unverbindlich ist, wenn der Kauf nicht ernstlich verabredet ist, erkennt das Reichsgericht selbst an. Hiernach ist im Interventionsprocesse bei solchen Verträgen der entscheidende Punkt, ob der Kauf ernstlich gemeint ist. Diese Frage wird aber nach § 259 C.P.O. der Regel nach zu verneinen sein, wenn der Schuldner einen Gläubiger hat, der im Interventionsprocesse stets vorhanden ist. Die ganze Streitfrage hat daher mehr ein theoretisches als ein practisches Interesse. Einen Scheinverkauf ohne Sicherungsabrede an einen Dritten, welcher keine Forderung an den Schuldner hat, erkennt das Reichsgericht nach den entwickelten Grundsätzen als lediglich simulirt ebenfalls für unverbindlich an.

Ein anderer wirthschaftlich zu rechtfertigender erlaubter Zweck eines derartigen Kaufsgeschäfts ist dem Richter nicht leicht glaubhaft zu machen. Wenn übrigens ein ernstlicher Verkauf auf Zeit zur Herbeiführung der Unpfändbarkeit der verkauften Sachen für unverbindlich nicht erachtet wird, bleibt dem Beklagten unbenommen, den Anfechtungseinwand in Beziehung auf dieses Kaufgeschäft selbst zu begründen.

Ein Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 21. Juni 1895 (J.W. 1895 S. 391 Nr. 38) billigt den Sicherheitsverkauf eines im Gebrauche des Schuldners belassenen Restaurationsinventars bis zur ratenweisen Tilgung eines Darlehns. Es ist jedoch nicht ersichtlich, aus welchem Rechtsgebiet der Streit hervorgegangen ist. Das Urtheil wiederholt die Voraussetzung, daß dem constitutum possessorium eine causa detentionis auf Seiten des Schuldners zu Grunde liegen müsse, und läßt im Anschluß an Windscheid (Pandecten I § 175 Anm. 5) den ernstlichen Uebertragungswillen ohne Rücksicht auf die Rechtsverbindlichkeit und selbst das Fehlen eines zu Grunde liegenden

Rechtsgeschäfts zur Eigenthumsübertragung nach gem. Recht genügen.

Es liegt auf der Hand, daß unter der Herrschaft dieser Rechtsauffassung im Interventionsprocesse nach gem. Recht der Interventionsbeklagte alle Einwendungen verliert, welche sich gegen die Rechtsverbindlichkeit des von dem Interventionskläger für seinen Eigenthumserwerb zu Grunde gelegten Rechtsgeschäfts erheben lassen.

Das Urtheil des V. C.S. vom 26. Februar 1896 (J.W. 1896 S. 211 Nr. 47) erkennt an, daß dieser Begriff in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis Anklang gefunden habe, bemerkt aber mit Bezug auf allegirte ältere Urtheile des Reichsgerichts:

> »Welcher von diesen Ansichten der Vorzug zu geben sein möchte, kann ganz dahin gestellt bleiben, da es sich hier um einen nach dem Pr.A.L.R. zu entscheidenden Fall handelt, mit den Vorschriften des preußischen Rechts aber, wenn man von der hier nicht in Betracht kommenden Auflassung absieht, die Annahme des abstrakten dinglichen Vertrags unvereinbar ist (§ 1 u. 2 A.L.R. I Tit. 16 § 2 Tit. 9 und §§ 132, 133 I Tit. 2).«

Hiernach ist mindestens für das preußische Recht unbedingt der Gesichtspunkt festzuhalten, daß, wenn auch ein ernstlicher Verkauf von Mobilien zur Sicherung einer persönlichen Forderung ohne Naturalübergabe für verbindlich erachtet wird, der zu Grunde liegende Kaufvertrag als Titel der Eigenthumsübertragung alle Essentialien des Kaufvertrags vollständig enthalten muß.

Es ist hier nicht der Ort, in eine Aufzählung anderweitiger erlaubter fiduciarischer Geschäfte einzutreten, wie sie aus den Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehrs sich mannigfach entwickelt haben.

Erwähnt sei hier nur, daß die Securitätscession einer Forderung unbedingt statthaft ist, da die gesetzlichen Vorschriften über die Verpfändung einer Forderung dadurch nicht umgangen werden.

Das ist für das gem. Recht durch Urtheil des I. C.S. des R.G. vom 2. Februar 1889 (Entsch. XXIV S. 45) und für das preußische Recht durch das Urtheil des V. C.S. vom 21. Januar 1893 (Entsch. XXX S. 273) anerkannt worden. Das letztere Urtheil sagt:

> »Die simulirte Cession ist allerdings keine Cession und gewährt deshalb dem nur vorgeschobenen Cessionar keine Klage aus dem in Wirklichkeit nicht übertragenem Rechte. Bei der

Securitätscession dagegen wird eine wirkliche Cession vorgenommen. Daß dies zu dem Zwecke geschieht, den Cessionar wegen anderweiter Forderungen sicher zu stellen, ist auch nach preußischem Recht kein Umstand, der geeignet wäre, der von den Parteien beabsichtigten Uebertragung des cedirten Rechts die Ernstlichkeit und damit die Rechtswirksamkeit zu benehmen.«

Das Urtheil des III. C.S. vom 20. December 1895 (J.W. 1896 S. 81 Nr. 65) bestätigt die Zulässigkeit der Securitätscession, bemerkt aber, daß zur Zeit der Geltendmachung der cedirten Forderung der Cessionar im Bestreitungsfalle nachweisen müsse, welche Forderungen er noch an den Cedenten habe.

Die in der Hauptsache von mir gebilligte Auffassung des Rechtsanwalts Kuhlenbeck, daß ein ernstlicher Sicherheitsverkauf von beweglichen Sachen des Schuldners, welche dieser in seinem Besitze behält, in den Rechtsgebieten, welche nur ein Besitzpfand kennen, als in fraudem legis geschlossen unverbindlich sei, theilen, wie schon erwähnt, Baehr (Urtheile des Reichsgerichts S. 57) und ferner Hellwig (Archiv für civilistische Praxis Bd. 64 S. 389) und nach früherer Auffassung auch Kohler (Jahrbücher für Dogmatik Bd. XVI S. 140). Dieselben sehen gleichfalls in den Bestimmungen über das Besitzpfand Prohibitivgesetze, die durch ein solches Geschäft umgangen seien.

Für die entgegengesetzte Auffassung, welche das Reichsgericht theilt, hat sich schon im Jahre 1893 in einer eingehenden Abhandlung unter der Ueberschrift »Die Sicherheitsübereignungen« Rechtsanwalt Dr. Linckelmann (Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 7 S. 210) erklärt.

Am Schlusse dieser Abhandlung äußert sich Kohler als Mitherausgeber des Archivs dahin, daß, da die Gesetzgebung keinen Weg zur Beseitigung der Mißstände gegeben, welche die Beschränkung der Mobiliarsicherheit auf das Besitzpfand nach sich zögen, er die Frage, ob die Gesetze über das Mobiliarpfand Verbotsgesetze seien, und ob sie darum anderweitige zu ähnlichen wirthschaftlichen Zuständen führende Geschäfte ausschließen, nicht mehr wie früher bejahe, sondern mit dem Verfasser verneine.

Reichsgerichtsrath Dr. Dreyer ist in einer Abhandlung über das fiduciarische Rechtsgeschäft (Rassow u. K. Bd. XL S. 233 und 449) der Auffassung des Reichsgerichts beigetreten. Er erhebt bei jedem verdeckten dissimulirten Geschäft mit einem Nebenvertrage (fiducia)

die Frage, ob hierdurch ein formell oder materiell gebietendes oder absolut verbietendes Gesetz in unzulässiger Weise umgangen werden soll. Hiernach erklärt er einen Pfandvertrag in der Form eines simulirten nicht ernstlichen Kaufvertrags für nichtig, jedoch einen ernstlichen Kaufvertrag auf Zeit über körperliche Sachen für statthaft und nicht gegen ein Verbotsgesetz verstoßend.

Mit der Gesetzeskraft des Bürgerlichen Gesetzbuches verliert diese Controverse jede practische Bedeutung, weil dieses die Ausschließlichkeit des Besitzpfandes in Beziehung auf bewegliche Sachen aufgegeben und gestattet hat, daß diese auch durch constit. possess., z. B. also durch einen Verwahrungsvertrag, von dem Pfandnehmer in dem Gewahrsam des Verpfänders belassen werden können.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches ließ im § 1147 das Pfandrecht an beweglichen Sachen durch einen Vertrag entstehen zwischen dem Eigenthümer und dem Gläubiger unter Einräumung und Ergreifung der Innehabung des Pfandes seitens des Letzteren. Der Schlußsatz des 3. Absatzes des § 1147 lautet im ersten Entwurf dahin:

> »Die Bestellung des Pfandrechts ist unwirksam, wenn vereinbart ist, daß der Verpfänder das Pfand in der Innehabung behalten soll.«

Die Motive zum ersten Entwurf des § 1147 rechtfertigen den Ausschluß des constit. possess. zur Begründung eines Faustpfandrechts mit Rücksicht auf das im Wesentlichen geltende Recht und heben die Gefahr hervor, daß das constit. possess. vielfach benutzt werden würde, um geheimen die Sicherheit des Verkehrs, namentlich auf den Fall des Konkurses hin, beeinträchtigende Pfandrechte zu schaffen.

Der Entwurf der zweiten Kommission hat in dem dem Abs. 3 des § 1147 entsprechenden § 1115 den Schlußsatz des § 1147 dahin beibehalten:

> »Das Pfandrecht besteht nicht, wenn die Sache im Besitze des Eigenthümers bleibt.«

Der dem § 1115 des zweiten Entwurfs entsprechende § 1189 der dem Reichstage gemachten Vorlage enthält diesen Schlußsatz nicht mehr und ebensowenig der entsprechende § 1205 des vollzogenen Bürg. Gesetzb. Die in der Presse erwähnten Gründe, welche die Kommission schließlich zum Fallenlassen des gedachten Schlußsatzes veranlaßt haben, sind noch nicht authentisch veröffentlicht worden.

Darnach ist das constit. possess. zur Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen freigegeben und der fiduciarische ernstliche Sicherheitsverkauf unter der Herrschaft des Bürg. Gesetzb. statthaft, und deshalb nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Umgehung des Gesetzes anfechtbar.

Was nun die Art und Weise des Abschlusses eines reinen anfechtbaren Scheingeschäfts anlangt, so ist keineswegs immer eine ausdrückliche Verabredung über die Simulation des fraglichen Rechtsgeschäfts erforderlich. Die Urtheile des I. C.S. vom 20. December 1888 (Rassow u. K. XXXV S. 397) und vom 23. November 1895 (J.W. 1896 S. 12 Nr. 47) erkennen an, daß eine Simulation auch stillschweigend vereinbart werden und aus der Willensrichtung der Contrahenten während der Zeit der Unterschrift gefolgert werden könne. Das erst gedachte Urtheil führt jedoch aus, daß eine Ungültigkeit des Geschäfts wegen Simulation dann nicht vorliege, wenn nur der eine Theil ohne entschuldbare Kenntniß des anderen Theils ein Scheingeschäft unter Mentalreservation abschließen wolle, da die nicht zum Ausdruck gebrachte Divergenz zwischen Wille und Erklärung nicht zu beachten sei.

Hiernach können in Ermangelung ausdrücklicher Abrede im einzelnen Falle lediglich innere Thatsachen und zwar beiderseitige Willensstimmungen der Contrahenten bei Erörterung des Simulationseinwands in Frage kommen, und Eide darüber dem Kläger zugeschoben oder richterlich auferlegt werden, welcher allein de veritate schwören kann. Der Beklagte kann niemals über Thatsachen, welche außerhalb seiner Wahrnehmung gelegen haben, gemäß § 410 C.P.O. zu einem Eide über die Simulation verstattet werden. Ungenügend ist aber auch ein richterlicher Eid, welcher dem Kläger nur über die ausdrückliche Verabredung der Simulation auferlegt wird, da es einer solchen, wie gedacht, nicht bedarf. Diese Eide erfordern überhaupt die sorgfältigste Fassung, da sie von Laien leicht unzulänglich aufgefaßt und dann mit Mentalreservation geleistet werden. Der gemeine Mann ist zu der irrthümlichen Auffassung geneigt, daß die schriftliche Abfassung einer Vereinbarung die Ernstlichkeit derselben genügend ausdrücke. Im Uebrigen kann ich meine frühere Aeußerung nur wiederholen, daß nach allgemeinen Grundsätzen und nach der speciellen Vorschrift des § 53 I. 4. A.L.R. die Vermuthung für die Ernstlichkeit einer Willenserklärung spricht, und daher kein Richter eine Vermuthung für die

Simulation eines Rechtsgeschäfts in sich aufkommen lassen darf. Gleichgültig ist es dabei, ob man den § 53 l. c. als praesumtio facti durch § 16 Nr. 1 des Einf.Ges. zur C.P.O. für aufgehoben ansieht.

Staub hebt (J. W. 1887 S. 407 und 421) zutreffend hervor, daß die Interventionsklagen oft einen vollberechtigten Kern haben, wenn sie auch häufig auf einem Zusammenwirken zwischen dem Kläger und dem Schuldner beruhen, seltener aber der Bosheit, als der Noth ihren Ursprung verdanken. Objectiv ist jedoch die Aeußerung Staubs, daß in der Praxis der Interventionskläger von vornherein mit scheelen Augen angesehen werde, nicht begründet. Die Praxis ergiebt allerdings manchen untrüglichen Anhaltspunkt für die Scheinnatur von geltend gemachten Veräußerungsverträgen.

Bisweilen zieht auch ein wirklicher Gläubiger des Schuldners einen solchen Scheinkauf dem Pfändungsauftrage vor, weil der Schuldner auf Grund des constit. possess. im Besitzstande bleibt, sein Erwerbsgeschäft fortsetzt, später Zahlung aus weiterem Erwerbe zusichert und andere Gläubiger von der Pfändung der verkauften Sachen fern gehalten werden.

Der Richter hat darnach die Interventionsklage ohne jede Voreingenommenheit nicht doctrinär, sondern allerdings nach den Gesichtspunkten des practischen Lebens objectiv zu würdigen, ohne sich von Mitgefühl oder Abneigung nach der einen oder anderen Seite hin leiten zu lassen. Es giebt harte, aber auch langmüthige Gläubiger, und viele unglückliche, aber auch leichtsinnige und selbst böswillige Schuldner, welche mit schlauer Betriebsamkeit die Befriedigung eines Gläubigers zu vereiteln suchen.

Die thatsächliche Aufklärung steht im Interventionsprocesse meist im Vordergrunde. Dieselbe ist oft weitläufig und nicht immer interessant. Dennoch stehen oft schwierige und interessante Rechtsfragen aus den Gebieten des Geschäfts- und des Verkehrslebens zur Entscheidung.

## V. Die Interventionsklage in Beziehung auf Immobilien und deren bewegliche Pertinenzen.

Die Widerspruchsklage nach § 690 hat nun über die ihr durch das materielle bürgerliche Recht hinaus gesteckten Grenzen auf Grund preußischer Specialgesetze eine erweiterte Anwendbarkeit erhalten. Die processualische Natur der Klage ist dadurch nach keiner Seite hin

verändert worden. Ihr materieller Inhalt ist jedoch lediglich aus den betreffenden im Wesentlichen wiederzugebenden Gesetzen zu entnehmen.

Der 1. und 2. Absatz des § 70 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen lautet:

»Die Vorschriften des § 690 C.P.O. finden auch dann Anwendung, wenn ein Dritter ein Recht an dem Grundstücke behauptet, welches den Verkauf an den Meistbietenden oder unter den festgesetzten Bedingungen unzulässig machen würde. Ist das Recht im Grundbuch eingetragen oder betrifft der Widerspruch die Feststellung des geringsten Gebots, so ist die Geltendmachung des Widerspruchs im besonderen Verfahren nicht erforderlich 2c.

Die Einstellung des Verfahrens in den Fällen des § 691 Nr. 4, 5 der C.P.O. findet nur auf Grund einer nach § 688 ebenda zu erlassenden Anordnung statt.«

Der § 146 l. c. bestimmt ferner:

»Der § 690 C.P.O. findet entsprechende Anwendung, wenn ein Dritter ein Recht an dem Grundstücke behauptet, welches die Zwangsverwaltung unzulässig machen würde.«

Der im Wesentlichen festgehaltene Grundgedanke des § 70 l. c. geht dahin, daß Ansprüche, welche außerhalb der Subhastation bestehen und die sich in ihrer Wirkung gegen den Fortgang des Verfahrens richten, der proceßrichterlichen Entscheidung verbleiben sollen. Dahin äußert sich Jaeckel in seinem Kommentar zur Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien (in der Anm. 1 zu § 71 der 3. Auflage). Es ist im Uebrigen auf diese Anmerkung und auf das Urtheil des V. C.S. d. R.G. vom 24. September 1887 (Entsch. XIX S. 321), das desselben Senats vom 27. November 1889 (Rassow u. K. XXXIV S. 1110) und das vom 22. Mai 1895 (J.W. 1895 S. 340 Nr. 49) zur näheren Aufklärung zu verweisen.

Eine nicht minder erhebliche materielle Erweiterung des Gebiets der Widerspruchklage hat der § 206 des gedachten Gesetzes dahin getroffen:

»So lange bewegliche Gegenstände, welche zur Immobiliarmasse gehören, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in Be-

schlag genommen sind (§§ 16 und 140), unterliegen dieselben der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Einer Zwangsvollstreckung dieser Art in bewegliche Theile oder Zubehörungen eines Gegenstands des unbeweglichen Vermögens kann jedoch jeder Realberechtigte widersprechen. Die Vorschriften des § 690 der C.P.O. finden hierbei entsprechende Anwendung.«

Der erste Absatz wiederholt den § 27 des Preuß. Gesetzes vom 4. März 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Der Absatz 2 enthält eine die Pfändung von nicht beschlagnahmten Immobiliarpertinenzen einschränkende Bestimmung, die auf der in dieser Beziehung schwankenden Judicatur vor dem Erlasse dieses Gesetzes beruht. Die von mir in einer Abhandlung (Rassow u. K. XXVI S. 200ff.) vertheidigte, in dem Urtheile des ehemaligen preuß. Obertribunals vom 7. Mai 1873 (Entsch. Bd. 69 S. 83) aufgestellte Grundsatz, daß bewegliche Pertinenzstücke unbeweglicher Sachen nicht der besonderen Beschlagnahme und Abpfändung unterlägen, war vielfach aufgegeben und damit — in der Theorie und Praxis — die Werthsverminderung des Grundstücks durch Mobiliarpfändungen der beweglichen Theile und Zubehörungen eines Fabrikgrundstücks, z. B. bis zur Devastation, zum Nachtheil der Realberechtigten freigestellt. Diesem Nachtheil ist durch den § 206 l. c. vorgebeugt. Jeder Realberechtigte als solcher kann nunmehr auf Grund seines Realrechts, ohne einen vollstreckbaren Titel in Beziehung auf seinen Anspruch an das Grundstück zu besitzen, die Widerspruchsklage nach § 690 in den erörterten processualen Grenzen gegen eine derartige Mobiliarpfändung erheben. Der Umfang des Klagerechts nach § 206 l. c. ist jedoch controvers. Eccius hat (Privatrecht Bd. III Anm. 37a zu § 194) zutreffend ausgeführt, daß der Realberechtigte darnach auch der zulässigen Pfändung von Früchten auf dem Halm, nicht aber — worin ihm Küntzel (Rassow u. K. XXVIII S. 864) zustimmt — der Pfändung von Mieths- und Pachtzinsen und anderen Hebungen widersprechen kann.

Jaeckel (Kommentar Anm. 1 zu § 206), Turnau (Grundbuchordnung zu § 30 des Eig. Erw. Ges. Anm. VIII und VI S. 751 und 742), sowie Krech und Fischer (Zwangsvollstreckungsgesetz Anm. 6 zu § 206) treten der Ansicht von Eccius bei. Dernburg (Privatrecht Bd. I § 329 Anm. 16) ist der entgegengesetzten Meinung, welche der

Landrichter Hahn (Rassow u. K. XXXV S. 336) mit Einschränkungen theilt.

Auf die reichliche dem materiellen Recht angehörige Casuistik über die Begriffe der beweglichen Theile und Zubehörungen von Grundstücken kann hier nicht näher eingegangen werden. Es handelt sich dabei auch wesentlich um die Frage, wieweit bewegliche Theile eines Grundstücks Substanztheile desselben und damit überhaupt unpfändbar werden.

An Präjudicaten des Reichsgerichts sind bezüglich dieser Fragen zu allegiren für das preußische Recht: das Urtheil des VI. C.S. vom 24. Juni 1880 (Entsch. II S. 251), das Urtheil vom 6. Februar 1895 (J.W. 1895 S. 169 Nr. 26), das Urtheil des V. C.S. vom 21. December 1895 (J. W. 1896 S. 83 Nr. 75) und für das gemeine Recht: das Urtheil des III. C.S. vom 24. April 1883 (Entsch. IX S. 169), das desselben Senats vom 4. Mai 1886 (Entsch. XV S. 205), das desselben Senats vom 2. December 1887 (Entsch. XX S. 203), das Urtheil des VI. C.S. vom 11. Juli 1891 (Entsch. XXVIII S. 147), das des III. C.S. vom 15. Januar 1895 (Entsch. XXXIV S. 169) und das desselben Senats vom 7. März 1896 (J.W. 1896 S. 156 Nr. 53).

Das Urtheil des V. C.S. vom 19. Juni 1895 (J. W. 1895 S. 402 Nr. 72) führt für beide Rechtsgebiete zutreffend aus, daß eine Mobiliarpfändung von beweglichen Pertinenzstücken eines Grundstücks auch bei örtlicher Trennung der Pfandstücke von dem Grundstück mit dem Eintreten der Immobiliarbeschlagnahme ihre Bedeutung verliere, weil nach § 30 des Eig.Erw.Ges. vom 5. Mai 1872 nur Trennung und Veräußerung des Pertinenzstücke dessen Zubehöreigenschaft aufhöbe.

Die vorallegirten nach gem. Recht ergangenen Urtheile des Reichsgerichts sind zum größten Theile auch für das preuß. Recht als zutreffend anzusehen.

## VI. Die Interventionsklage in Beziehung auf gepfändete Geldforderungen und andere Vermögensstücke des Schuldners.

Das Reichsgericht hebt in dem Urtheil des IV. C.S. vom 29. Mai 1895 (Entsch. XXXI S. 381) als von Theorie und Praxis anerkannt hervor, daß der § 690 auch Anwendung findet, wenn eine Forderung den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildet, und daß unter einem

die Veräußerung hindernden Recht jedes Recht zu verstehen sei, welches der Zwangsvollstreckung entgegensteht.

Die Widerspruchsklage in Beziehung auf gepfändete Forderungen trägt proceßualisch und sachlich ganz denselben Character an sich, wie die gegen die Pfändung beweglicher körperlicher Sachen erhobene. Sie muß ebenso aus dem materiellen Recht begründet und auf ein die Veräußerung hinderndes Recht gestützt werden. Der Kläger kann geltend machen, daß ihm vor der Pfändung bereits ein Recht auf die Substanz der Forderung, oder ein älteres dingliches Nießbrauchrecht an der Forderung zustehe. Ein älteres Pfandrecht an derselben berechtigt nicht zur Widerspruchsklage nach § 690, wohl aber nach § 710 C.P.O. zur Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Betrage der eingezogenen Forderung. Ein rein obligatorischer Anspruch auf die Forderung, z. B. ein vor der Pfändung mit dem Vollstreckungsschuldner abgeschlossenes pactum de cedendo, giebt kein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung. Besitzstörungsklagen sind in Beziehung auf Geldforderungen nicht zu construiren. Der ausschließliche Gerichtsstand des § 690 ist nach der zutreffenden Ausführung des Urtheils des II. C.S. des R.G. vom 17. October 1884 (Entsch. XII S. 379) in Beziehung auf gepfändete Forderungen nicht an dem Orte der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den dritten Schuldner, sondern bei dem sachlich zuständigen Gerichte des Ortes begründet, in dessen Bezirk das Zwangsvollstreckungsgericht nach § 729 C.P.O. den Pfändungsbeschluß erlassen hat.

Das Urtheil des III. C.S. vom 8. März 1881 (Entsch. II S. 111) hat für das heutige gem. Recht entsprechend dem A.L.R. anerkannt, daß dem Cessionar einer Forderung gegen eine spätere Pfändung die Widerspruchsklage unabhängig davon zusteht, ob die Denuntiation der Cession an den Drittschuldner vor der Pfändung bereits erfolgt war.

Dieses Urtheil spricht auch generell aus, daß, wenn man auch von einem Eigenthum an einer Forderung im eigentlichen Sinne nicht sprechen könne, der Gläubiger zweifellos ein Recht habe, daß kein unberechtigter Dritter über die zu seinem Vermögen gehörigen Forderungen verfüge, und er in der freien Verfügung über dieselben nicht beschränkt, oder verhindert werde.

Auf dieses Urtheil nimmt rücksichtlich der Zulässigkeit der Widerspruchsklage das Urtheil des II. C.S. vom 17. October 1884 (Entsch. XII S. 379) in einem Falle Bezug, wo ein angeblich dem

Schuldner zustehendes Majorat unter Sequestration gestellt worden war, und der Kläger der eigentliche Majoratsherr zu sein behauptete.

Eccius führt aus (Privatrecht Bd. I. S. 163 u. Anm. 10), daß es, wenn die gepfändete Forderung dem Vollstreckungsschuldner wirklich nicht gehöre, einer Widerspruchsklage seitens des eigentlichen Forderungsberechtigten nicht bedürfe, weil die Pfändung in diesem Falle regelmäßig keinen Gegenstand habe, wenn auch zwischen den Forderungsprätendenten über das Recht zur Erhebung der Forderung processirt werden könne. Diese Auffassung trifft jedoch nur für den Fall zu, wenn der Dritte seinen Anspruch auf die gepfändete Forderung nicht auf den Erwerb derselben von dem Vollstreckungsschuldner, sondern auf ein eigenes selbständiges Recht stützt.

In dem ersteren Falle ist die Widerspruchsklage gegeben, weil bei dem Anerkenntniß des Klägers, daß die Forderung einst dem Schuldner gehört hat, dieselbe individualisirt ist.

Wenn ein Dritter dagegen der Meinung ist, daß die gepfändete Forderung dem Schuldner niemals zugestanden habe, so hat er kein Interesse an der Widerspruchsklage und auch keine Legitimation zu derselben, weil ihm eine gleichartige Forderung an den Drittschuldner zustehe. Diese ist nicht gepfändet. Der Dritte kann trotz der vorliegenden Pfändung frei über seine Forderung verfügen und der Pfändungsgläubiger erlangt durch die Ueberweisung der gepfändeten Forderung zur Einziehung kein Recht, wenn dem Vollstreckungsschuldner ein solches nicht zustand.

Diesem Gesichtspunkt entspricht auch das Urtheil des IV. C.S. des R.G. 27. September 1885 (Entsch. X S. 368), welches dem Drittschuldner die negative Feststellungsklage gegen den Pfändungsgläubiger darüber versagt, daß er die gepfändete Forderung dem Vollstreckungsschuldner nicht schulde, weil ihm ein rechtliches Interesse zur Erhebung dieser Klage nicht zur Seite stehe.

In dem oben gedachten Falle des Urtheils vom 17. Oktober 1884 mußte der Majoratsprätendent allerdings klagen, weil das Gericht durch Sequestration bereits eingeschritten war. Die Klage war aber nicht als Widerspruchs- sondern als reine Besitzrechtsklage auch rücksichtlich des Gerichtsstands zu behandeln.

Selbstverständlich berechtigt, wie bei der Pfändung körperlicher Sachen, Miteigenthum an der gepfändeten Forderung zur Widerspruchsklage. In diesem Falle ist die Pfändung der ganzen Forderung hinfällig. Dieselbe kann aber auch nicht rücksichtlich des dem

Vollstreckungsschuldner anerkanntermaßen zustehenden Antheils an der Forderung aufrecht erhalten werden, weil nur der bei der Einziehung der Forderung und der Theilung dem Schuldner wirklich zufallende reale Theil Pfändungsobject wird. Daher kann zunächst nur das Recht des Schuldners auf Einziehung und Theilung gegen den Mitberechtigten behufs Einklagung und Theilung gepfändet und verfolgt werden.

Es gelten auch für die Widerspruchsklage gegen die Pfändung einer Forderung die in Beziehung auf die Pfändung beweglicher körperlicher Sachen erörterten allgemeinen processualischen Gesichtspunkte. Einwendungen gegen den Rechtsbestand des Pfändungspfandrechts können die Abweisung der Klage nicht abwenden, wenn der Kläger nicht sein die Einziehung der gepfändeten Forderung hinderndes Recht nachzuweisen vermag. Bemängelungen der Pfändbarkeit der Forderung nach § 749 C.P.O. stehen dem Kläger ebensowenig zu, da diese überhaupt nur der Schuldner bei dem Vollstreckungsrichter im Wege der Beschwerde nach § 685 C.P.O. anhängig machen kann.

Den Anfechtungs- und den Simulationseinwand kann der Widerspruchsbeklagte in dem rücksichtlich der Pfändung beweglicher Sachen erörterten Umfange auch gegen die Widerspruchsklage wegen der Pfändung einer Forderung hinsichtlich der von dem Kläger geltend gemachten Rechtsgeschäfte erheben.

## VII. Ueber die Frage der Berechtigung des verletzten Dritten zur Beschwerde nach § 685 C.P.O.

Der § 685 der C.P.O. lautet unter der Ueberschrift: »Einwendungen gegen Art und Weise der Vollstreckung«:

> »Ueber Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Dasselbe ist befugt, die im § 668 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen. Dem Vollstreckungsgericht steht auch die Entscheidung zu, wenn der Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen, oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen,

oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden.«

Nach § 684 Abs. 2 und 3 l. c. ist das Vollstreckungsgericht dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll, oder stattgefunden hat. Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts können ohne mündliche Verhandlung erfolgen.

Die vorläufigen Anordnungen, welche nach dem im § 685 in Bezug genommenen § 668 Abs. 2 das Vollstreckungsgericht erlassen kann, betreffen insbesondere die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung, oder die Gestattung der Fortsetzung gegen Sicherheitsleistung.

In jedem Falle muß der Vollstreckungsrichter jedoch auf die bei ihm eingebrachte Beschwerde eine definitive Entscheidung treffen, welche nach § 702 Nr. 3 vollstreckbar ist und nach § 701 l. c. im Wege der sofortigen Beschwerde angegriffen werden kann.

Mit den vorgedachten einstweiligen Anordnungen, welche der Vollstreckungsrichter vor der Entscheidung auf die bei ihm erhobene Beschwerde erlassen kann, sind jedoch die nach dem dritten Absatz des § 690 und der dort in Bezug genommenen §§ 688 und 689 l. c. bei Erhebung einer Widerspruchsklage nach § 690 dem Vollstreckungsgericht in dringenden Fällen gestatteten vorläufigen Verfügungen nicht zu verwechseln. Diese Anordnungen betreffen ebenfalls Einstellung oder Aufhebung einer Vollstreckungshandlung, jedoch unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des Proceßrichters beizubringen ist.

Die sehr erhebliche Bedeutung dieser letzteren vorläufigen Anordnungen des Vollstreckungsrichters für den durch eine Mobiliarpfändung verletzten Dritten ist später noch näher hervorzuheben.

Die Frage nun, ob einem solchen verletzten Dritten, welchem die Widerspruchsklage gestattet ist, auch wie dem Vollstreckungsschuldner und dem Pfändungsgläubiger das Recht der Beschwerde bei dem Vollstreckungsgericht nach § 685 l. c. zusteht, ist nur insofern noch als eine streitige zu bezeichnen, als das Reichsgericht und die sämmtlichen Kommentatoren diese Frage bejahen, und v. Wilmowski u. L. (Kommentar Anm. 1 zu § 685 S. 983) als Gegner dieser Ansicht nur Franke (Busch S. 5, 205, 207) und mich in meiner früheren Abhandlung aufführen.

Dennoch bin ich nicht in der Lage, meine frühere Ansicht auf-

zugeben, welche dahin geht, daß eine Beschwerde nach § 685 nur dem Vollstreckungsschuldner und dem Pfändungsgläubiger als den unmittelbar betheiligten Parteien zusteht, dagegen einem Dritten, welcher sich durch eine gegen einen Anderen vorgenommene Pfändung in seinen Rechten verletzt fühlt, überhaupt nicht. Diesem Dritten ist die Widerspruchsklage nach § 690 im unmittelbaren Anschlusse an diese Pfändung eröffnet und die damit ihm bei dem Proceßgericht und in dringenden Fällen bei dem Vollstreckungsgericht freigestellten Einstellungs- und Aufhebungsanträge wahren sein Interesse erschöpfender, als die meist ohne mündliche contradictorische Verhandlung erledigte Beschwerde nach § 685 dies thun würde. Ich behaupte sogar, daß wenn man dem verletzten Dritten die Beschwerde nach § 685 gestattet, man ihm nach den Motiven die Widerspruchsklage versagen müßte, sobald er den Beschwerdeweg betreten hat.

Es ist ja nicht zu verkennen, daß der Text des Gesetzes ausdrücklich sich darüber nicht ausspricht, wem die Beschwerde nach § 685 zusteht. Unzweifelhaft kann dieselbe sowohl der Schuldner, bei welchem gepfändet worden, wie der Gläubiger erheben, welcher den Auftrag zur Pfändung ertheilt hat. Ein processualer Rechtsweg ist zumeist nur den Parteien eröffnet. Die Zwangsvollstreckung ist eine Fortsetzung des Rechtsstreits nach dem Erlasse eines vollstreckbaren Urtheils. Der dritte Titel des ersten Buches der C.P.O. enthält erschöpfende Vorschriften darüber, wie weit dritte Personen außer den Hauptparteien an dem Processe vor dem rechtskräftigen Urtheile sich betheiligen dürfen und für die Zwangsvollstreckungsinstanz giebt der § 690 einem Dritten die Widerspruchsklage und der § 710 l. c. einem älteren Vorzugsberechtigten die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des Pfändungsobjects. Die Fassung des § 685 ergiebt auch, daß die Beschwerde nach dem zweiten Absatze hinsichtlich der Weigerung des Gerichtsvollziehers und des Kostenpunkts nur von einer der Parteien erhoben werden kann.

Da nun rücksichtlich des ersten Absatzes des § 685 Anträge, Einwendungen und Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das Verfahren des Gerichtsvollziehers einem verletzten Dritten ein Recht zur Beschwerde ausdrücklich nicht eingeräumt ist, läßt sich diese Ausdehnung des Beschwerderechts auf Dritte am Processe direct nicht betheiligte Personen schon aus systematischen Gründen als eine Anomalie bezeichnen.

Es rechtfertigt sich jedoch auch aus den Motiven und Protokollen

zum Entwurfe der C.P.O. der Schluß, daß die Ausdehnung des Beschwerderechts aus § 685 auf Dritte nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat.

Die Begründung des Entwurfs der C.P.O. (Hahn S. 437) sagt zu dem § 634 des Entwurfs, welchem der § 685 wörtlich entspricht:

»Sodann kommen die nach Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens erhobenen Einwendungen, Anträge und Erinnerungen in Betracht, welche gegen den Modus der Vollstreckung, oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers gerichtet und ebenso von Seiten des Schuldners und des Executionssuchers denkbar sind.«

Der Entwurf zur C.P.O. hat hiernach die Ausdehnung des Beschwerderechts auf verletzte Dritte in keiner Weise beabsichtigt und vorgesehen. Ein solches ist auch in den Verhandlungen der Kommission von keiner Seite angeregt worden.

Nach der Erklärung des Reichscommissars Kurlbaum (Hahn S. 361) sollte wegen des Verfahrens des Gerichtsvollziehers nur der Weg der Beschwerde eröffnet, der Proceßweg also ausgeschlossen werden.

Die Begründung des Entwurfs zu dem mit § 690 übereinstimmenden § 639 äußert sich (Hahn S. 441) über den Proceßweg dagegen dahin:

»Der Widerspruch Dritter gegen die Zwangsvollstreckung (sogenannte Executionsintervention) kann sich wider die Veräußerung eines bei dem Schuldner gepfändeten Gegenstands richten. Daneben steht der Fall, daß der Dritte dem Vollzuge des erstrittenen Urtheils selbst widerspricht, indem er die Sache (species) selbst für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenstand des Hauptprocesses gewesen ꝛc.

In diesen Fällen steht mehr als die bloße Ausführung der Zwangsvollstreckung in Frage, es ist über materielle Rechte der Betheiligten zu entscheiden, demnach die Anwendung des ordentlichen Verfahrens geboten.«

Damit sind alle in den früheren Abschnitten erörterten Fälle der Zulässigkeit der Widerspruchsklage eines Dritten von der Rüge

im Wege einer Beschwerde ausgeschlossen, falls eine solche dem Dritten eingeräumt werden müßte, da über materielle Rechte eines Dritten seitens des Vollstreckungsrichters im Beschlußwege niemals befunden werden soll.

Es blieben daher nur formelle Verstöße des Gerichtsvollziehers Beschwerdegründe für einen Dritten, an deren Rüge er jedoch gar kein Interesse hat, wenn nicht sein materielles Recht dabei in Frage gestellt ist.

Der practisch erheblichste Fall, an welchem ein Dritter ein dringendes Interesse an der Beschreitung des Beschwerdewegs haben könnte, läge dann vor, wenn der Dritte meint, in seinem Gewahrsam durch Pfändung einer Sache ohne seine Zustimmung wider § 703 l. c. verletzt zu sein. Aber auch in diesem Falle wäre die Beschwerde unstatthaft, weil die Frage, ob der Dritte die ausschließliche oder den Mitgewahrsam an der gepfändeten Sache gehabt hat, eine materiellrechtliche ist, über welche der Vollstreckungsrichter im Beschwerdewege nicht entscheiden kann. Der Dritte muß daher die Widerspruchsklage erheben und bei dem Proceßgericht oder in dringenden Fällen zunächst bei dem Vollstreckungsrichter eine vorläufige Anordnung zur Einstellung oder Aufhebung der Zwangsvollstreckung und nach Umständen zur sofortigen Herstellung seines verletzten Besitzstandes nach § 690 und nach den dort in Bezug genommenen §§ 688 und 689 C.P.O. beantragen. Daneben steht dem verletzten Dritten allerdings frei über das gesetz- oder instructionswidrige Verfahren des Gerichtsvollziehers im Aufsichtswege zum Zwecke einer disciplinarischen Rüge Beschwerde zu führen. Er wendet sich dann aber nicht an den Vollstreckungsrichter als solchen, sondern zunächst an den die Aufsicht führenden Amtsrichter, der unbeschadet der Aufklärung der Disciplinarfrage meist davon absehen wird, durch eine Anordnung über den Besitzstand der processualischen richterlichen Verfügung auf die erhobene Widerspruchsklage vorzugreifen.

Die vorgedachten sachlichen Anträge auf vorläufige Anordnungen ersetzen vollständig, auch im Interesse der Beschleunigung, die dem Dritten zu versagende Beschwerde nach § 685, da sie schon vor Zustellung der Widerspruchsklage nicht blos bei dem Vollstreckungs- sondern auch schon bei dem Proceßgericht gestellt werden können.

Der I. C.S. des R.G. hat dies in dem Beschlusse vom 15. März 1882 (Entsch. X S. 314) sachgemäß bereits für den analogen Fall der Klage aus § 686 l. c. anerkannt.

Der gedachte Beschluß bemerkt:

»Es versteht sich von selbst, daß für die Anwendung des Abs. 1 des § 688 C.P.O. die regelmäßige Voraussetzung überhaupt die ist, daß die Klage ꝛc. schon erhoben, d. h. nach § 230 zugestellt sei; sonst kann vernünftigerweise von einer Anordnung, daß bis zum Erlaß des Urtheils die Zwangsvollstreckung einzustellen oder aufzuheben sei, garnicht die Rede sein. Aus dem Absatz 2 des § 688 geht nun freilich hervor, daß das Vollstreckungsgericht, wenn dieses wegen Dringlichkeit des Falles zu einer solchen Anordnung Veranlassung findet, nicht nach der vorgängigen Zustellung der Klage zu fragen braucht, indem es nur eine Frist setzen soll, innerhalb welcher die Entscheidung des Proceßrichters beizubringen sei; und daraus folgt wiederum, daß auch das Proceßgericht selbst von jener formellen Voraussetzung absehen und sich damit begnügen kann in anderer Weise dafür zu sorgen, daß seine einstweilige Verfügung nicht ohne wirkliche Erhebung der Klage in Kraft trete und dauernd in Kraft bleibe; denn das Proceßgericht kann in dieser Beziehung keine geringere Befugniß haben als das Vollstreckungsgericht. Es empfiehlt sich für einen Fall wie den vorliegenden, wo jedenfalls die Klage jetzt längst zugestellt sein könnte, den Vollzug der Anordnung einfach von dem Nachweis der erfolgten Zustellung abhängig zu machen.«

Staub bemerkt (J.W. 1888 S. 297): was nütze dem Eigenthümer alles Klagen, wenn er die gepfändete Sache sich nicht in natura zu erhalten vermöge, da der Versteigerungspreis niemals ein Werthsersatz sei. Darnach hebt er zutreffend die Zweckmäßigkeit der den gedachten Paragraphen entsprechenden Praxis hervor, nach welcher das Proceßgericht oder schon der Vollstreckungsrichter auf Antrag des Widerspruchsklägers eine vorläufige Anordnung unter dem ausgesprochenen Vorbehalt erläßt, daß binnen einer bestimmten Frist die Zustellung der Klage nachgewiesen wird. Mit der Fristversäumniß tritt von selbst die Anordnung außer Kraft. Die vorläufigen Anordnungen des Proceßgerichts, welche im Laufe des Processes bis zur Verkündung des Urtheils nach § 689 auf Antrag erlassen, aufgehoben und abgeändert werden können, unterliegen unter Berücksichtigung des im § 689 in Bezug genommenen § 656 l. c., da sie ohne mündliche Verhandlung nach § 688 erlassen werden können, nach § 701 der sofortigen Beschwerde. Selbstverständlich kann eine Einstellung

nicht schon vor einer erst beabsichtigten und noch nicht ausgeführten Pfändung beantragt werden.

Die vorläufigen Anordnungen werden der Regel nach nur gegen Sicherheitsleistung von der einen oder anderen Seite gemäß § 101 C.P.O. erlassen. Die Höhe der Sicherheit unterliegt dem oft schwierigen concreten richterlichen Ermessen. Der Schätzungspreis zum Pfändungsprotokoll ist naturgemäß ein arbiträrer. Der Feriensenat des R.G. hat in dem Urtheil vom 27. August 1896 (J.W. 1896 S. 572 Nr. 5) den Grundsatz näher ausgeführt, daß bei einer Aufhebung der Pfändung gegen Sicherheitsleistung deren Höhe den aufgegebenen Rechten des Gläubigers ganz entsprechen müsse.

Hiernach findet ein durch eine Pfändung in seinen Rechten verletzter Dritter in der ihm zustehenden unumgänglichen Widerspruchsklage und den an dieselbe sich anschließenden und schon vor Zustellung der Klage zulässigen Anträgen auf vorläufige Anordnungen einen ausweichenden und schleunigen Rechtsschutz zur Abwendung der ihm durch eine erfolgte Pfändung drohenden oder schon erwachsenen Vermögensnachtheile. Die Beschwerde nach § 685 steht ihm als einem am Processe nicht betheiligten Dritten nicht zu. Dieselbe wäre aber auch nach den ihr gesteckten Grenzen zu seinem Schutze um so unzulänglicher, als sie einmal erhoben den Klageweg ausschließen würde.

Dieser letztere Grundsatz, daß die Beschwerde, soweit sie dem Schuldner und dem Pfändungsgläubiger eröffnet ist, den Proceßweg ausschließt, äußert nach verschiedenen Seiten hin für diese Beiden einschneidende Folgen.

Ueber die Fragen, ob der Gerichtsvollzieher gesetz- und instructionsmäßig, ob er zu viel oder zu wenig gepfändet hat, und namentlich darüber, ob er die Pfändung auf unpfändbare körperliche Sachen ausgedehnt hat, entscheidet vorbehaltlich der sofortigen Beschwerde endgültig der Bescheid des Vollstreckungsgerichts auf die von der einen oder anderen Partei nach § 685 erhobene an keine Frist gebundene Beschwerde.

Diese ist auch zulässig rücksichtlich der Unpfändbarkeit einer durch das Vollstreckungsgericht nach § 729 C.P.O. gepfändeten Forderung des Schuldners, in welchem Falle, wenn der Beschwerderichter mit dem, welcher die Pfändung verfügt hat, identisch ist, die Beschwerde den Charakter einer Remonstration an sich trägt.

Wenn unter den Parteien und beziehungsweise dem Gerichtsvollzieher gegenüber streitig wird, ob die vorliegende Vollstreckungs-

klausel auf dem seitens des Gläubigers dem Gerichtsvollzieher übergebenen Titel, diesen zur Vornahme der Pfändung berechtigt oder verpflichtet, muß über diese formelle Frage ebenfalls der Vollstreckungsrichter im Beschwerdewege entscheiden.

Der Einwand des Schuldners, daß er die vollstreckbare Forderung bereits bezahlt, oder sonst getilgt habe, kann jedoch nicht auf dem Wege der Beschwerde, sondern nur auf dem des selbständigen Processes gemäß § 686 l. c. zum Austrage gebracht werden.

Die Frage, ob bei dem richtigen Schuldner gepfändet worden, ist allerdings zunächst Beschwerdegegenstand. Derjenige, welcher nach einer bei ihm vorgenommenen Pfändung behauptet, daß er gar nicht der zur Zahlung Verurtheilte sei, kann nicht auf eine Widerspruchsklage nach § 690 verwiesen werden, weil dieser Paragraph einen Dritten als Kläger bezeichnet, gegen welchen die Pfändung nicht gerichtet war.

Auf erhobene Beschwerde muß der Vollstreckungsrichter daher feststellen, ob der vollstreckbare Titel formell wirklich auf den lautet, bei welchem die Pfändung erfolgt ist. Er muß die Pfändung aufheben, wenn er nach angestellten Ermittelungen die Ueberzeugung gewinnt, daß bei einer Person gepfändet worden ist, welche nicht den dem Urtheilsrubrum entsprechenden Namen trägt. Es genügt dazu ein abweichender Vornamen. Ob trotzdem der, bei welchem gepfändet worden, der wirkliche verurtheilte Schuldner ist, muß der Vollstreckungsrichter dahin gestellt lassen, da es dem Gläubiger überlassen werden muß, in einem neuen Processe eine Namensberichtigung zu erzielen, oder gegen den gleichnamigen richtigen verurtheilten Schuldner vorzugehen.

Es ergiebt sich hieraus, daß ein Dritter eine Beschwerde nach § 685 nur in dem ganz singulären Falle erheben kann, wenn er zu Unrecht als Vollstreckungsschuldner und darnach fälschlich als Proceßpartei angesehen und behandelt worden ist. Außerhalb der vermeintlichen Parteirolle kann ein Dritter aber gegen eine Pfändung keine Beschwerde erheben.

Nunmehr bedarf es der näheren Darlegung der vielfach abweichenden, allmählich bestimmter zum Ausdruck gelangten Anschauungen, welche das Reichsgericht in Beziehung auf das Beschwerderecht des Dritten nach § 685 in seinen Urtheilen niedergelegt hat.

Der Beschluß des I. C.S. des R.G. vom 10. Februar 1886 (Entsch. XVI S. 317), welcher auf eine von dem Vollstreckungs-

schuldner nach § 685 erhobene Beschwerde ergangen ist, spricht zutreffend den oben erwähnten Grundsatz aus, daß die Beschwerde nach § 685 nicht auf Vollstreckungshandlungen seitens des Gerichtsvollziehers beschränkt ist, sondern auch die richterliche Pfändung von Forderungen umfaßt, so daß die Beschwerde bei dem Vollstreckungsrichter auch gegen dessen eigenen Pfändungsbeschluß erhoben werden kann, vorbehaltlich der Beschwerde nach § 701 C.P.O. gegen dessen schließliche Entscheidung.

Daß dem Schuldner bei einer ungerechtfertigten Art und Weise der Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Umfangs der Pfändung und der Pfändbarkeit einzelner Gegenstände nur die Beschwerde nach den §§ 685 und 701 l. c. und nicht die Klage zusteht, ist insbesondere in dem Urtheile des V. C.S. des R.G. vom 3. Mai 1884 (Rassow u. K. XXVIII S. 1164), dem des VI. C.S. vom 27. Mai 1886 (Entsch. XVI S. 347) und in dem Beschlusse des IV. C.S. vom 29. November 1894 (Entsch. XXXIV S. 377) anerkannt worden.

Das Urtheil des V. C.S. des R.G. vom 9. Juli 1881 (Rassow u. K. XXXVI S. 1181) ließ noch dahingestellt, ob im vorliegenden Falle einer Klage nach § 713 C.P.O. wegen Pfändung in fremdem Gewahrsam die Frage im Beschwerdewege hätte zur Entscheidung gebracht werden können, während das Urtheil des III. C.S. vom 20. Juni 1893 (Rassow u. K. XXXVIII S. 179) die Widerspruchsklage nach § 690 bei einer Pfändung wider § 713 durch die Möglichkeit einer Beschwerde nach § 685 nicht für ausgeschlossen erklärt.

Daß einem verletzten Dritten ein Beschwerderecht nach § 685 zustehe, hat zunächst der Beschluß des IV. C.S. vom 29. November 1894 (Entsch. XXXIV S. 377) unter Bezugnahme auf Reincke, Wilmowski u. L., Foerster und Falkmann ausgesprochen.

In dem zu Grunde liegenden Falle hatten zwei Gläubiger auf dem Grundstücke ihrer Schuldner 11 1/2 Morgen Winterroggen auf dem Halme am 19. Juni 1894 pfänden lassen. Ein anderer Gläubiger St. ließ denselben Roggen am 7. Juli 1894 pfänden. Der Erlös wurde hinterlegt. St. machte im Wege der Beschwerde geltend, daß die erste Pfändung gegen § 714 C.P.O. mehr als einen Monat vor der Reife zu früh erfolgt und daher ungültig sei. Er beantragte Auszahlung des Erlöses an ihn. Abweichend von der Entscheidung des Amtsgerichts und des Landgerichts hatte das Oberlandesgericht die Beschwerde des St. als unzulässig zurückgewiesen, weil nach den §§ 690, 728 Abs. 2, 758flg., 464 C.P.O.

ein civilrechtlicher Anspruch, sowohl vor als nach dem Verkaufe die gepfändeten Sachen nur im Wege der Klage einer Pfändung entgegengestellt werden könne.

Das Reichsgericht hat jedoch auf die von St. erhobene weitere Beschwerde dem Beschlusse des Landgerichts entsprechend die erste Pfändung vom 19. Juni 1894 für unzulässig und die Beschwerde für begründet erklärt. Das Beschwerderecht eines Dritten nach § 685 wird dahin gerechtfertigt:

> »Die gedachte Vorschrift spricht ganz allgemein von Anträgen und Einwendungen ohne Beschränkung und Bezeichnung der Personen, welche dazu berechtigt sind, und es muß daher bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes angenommen werden, daß antrags- und einwendungsberechtigt gemäß § 685 nicht blos der Schuldner und der Gläubiger, sondern auch dritte Personen sind, deren Rechte durch eine unrichtige Art und Weise der Zwangsvollstreckung betroffen werden und deren Interesse durch die nach den gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen widersprechende Art des Vollstreckungsactes verletzt sind.«

Diese Begründung erscheint nicht zwingend. Sie läßt die Motive zum § 690 und den darin ausgesprochenen Grundgedanken außer Acht, daß über materielle Rechte nicht im Wege der Beschwerde, sondern nur in dem der Klage entschieden werden soll. Das Reichsgericht fügt auch in diesem Urtheile meines Erachtens unzutreffend bei, daß der Beschwerdeführer St. in diesem Falle sein Recht durch Klage nicht hätte geltend machen können. St. hätte gegen die beiden Gläubiger, welche die erste der Zeit nach ungültige Pfändung veranlaßt haben, zwar nicht die Widerspruchsklage nach § 690 erheben, wohl aber im Wege der Klage mit Rücksicht auf seine spätere gültige Pfändung nach § 710 C.P.O. die prioritätische Befriedigung aus dem hinterlegten Erlöse der Pfandstücke gegen die beiden ersten Gläubiger mit Erfolg geltend machen können.

Ich halte hiernach die gemißbilligte Zurückweisung der Beschwerde seitens des Oberlandesgericht wegen Unzulässigkeit für richtig begründet.

Noch weiter hat das Urtheil des I. C.S. des R.G. vom 5. Februar 1895 (J.W. 1895 S. 145 Nr. 6) das Beschwerderecht Dritter entwickelt, insofern es gegen den directen Ausspruch der Motive dem Dritten hinter der Beschwerde die Klage gestattet, und das Be-

schwerdegericht zu einer vorläufigen Entscheidung unter Verweisung der Hauptsache zum Processe für ermächtigt hält.

Das Reichsgericht erklärt, daß die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts keine Rechtskraft für das Rechtsverhältniß treffe, aus welchem die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung begründet worden, und jene Entscheidung daher der des Proceßgerichts nicht präjudicire.

Es wird ferner wörtlich ausgeführt:

»Diese Stellung des Vollstreckungsgerichts rechtfertigt es, wenn dasselbe bei seiner Entscheidung sich von der Erwägung leiten läßt, daß es im Zweifel räthlicher sei, denjenigen auf die Beschreitung des Rechtswegs zu verweisen, der ungewöhnliche dem gesetzlichen Rechtsstande widerstreitende Rechte für sich in Anspruch nimmt, als den, der die regelmäßige Sachlage für sich hat.«

Andererseits wird beigefügt, daß das Vollstreckungsgericht eine Entscheidung immer treffen müsse, in zweifelhaften Fällen es sich aber nur um eine einstweilige Regelung der Rechtsstellung der Parteien handele.

v. Wilmowski und L., welche in ihrem Kommentar (Anm. 1 zu § 685) die Beschwerde auch dritten Personen gestatten, ohne das Recht Dritter auf Klage gemäß §§ 690 u. 710 einzuschränken, bemerken jedoch zu dem letztgedachten Urtheile des Reichsgerichts, daß dasselbe auf einer Verkennung der Entscheidungsgewalt des Vollstreckungsgerichts ruhe.

Dieser Einwand erscheint auch begründet. Das Vollstreckungsgericht, welches nach § 684 Abs. 3 ohne vorgängige mündliche Verhandlung entscheiden kann, und nach § 685 Abs. 1 zu vorläufigen Anordnungen im Sinne des § 668 Abs. 2 vor seiner Entscheidung ermächtigt ist, muß schließlich auf die Beschwerde eine definitive Entscheidung treffen, welche nach § 701 C.P.O. nur mit der sofortigen Beschwerde unter Ausschluß der Klage angegriffen werden kann.

Für den mit der Erhebung der Widerspruchsklage eröffneten Proceß hat diese Entscheidung eine keineswegs nur provisorische Bedeutung. Der Proceßrichter ist an die vorausgegange definitive Entscheidung des Vollstreckungsgerichts auf die nach § 685 erhobene Beschwerde gebunden.

Es folgt hieraus schon, daß ein Dritter, welcher die ihm zugebilligte Beschwerde erhoben hat, weil z. B. der Gerichtsvollzieher in seine Wohnung eingedrungen sei, und in seinem Gewahrsam be-

findliche Sachen trotz seines Widerspruchs gepfändet habe, von der Widerspruchsklage keinen Gebrauch mehr machen könnte, wenn das Vollstreckungsgericht seine Beschwerde nicht als unzulässig zurückgewiesen, sondern die Sache mit oder ohne mündliche Verhandlung materiell geprüft und etwa auf erforderte Aeußerung des Gerichtsvollziehers den Beschwerdeführer abgewiesen hätte.

Vorläufige Anordnungen als definitive Bescheide stehen dem Vollstreckungsrichter auf erhobene Beschwerde nicht zu. Ich kann hiernach meine Ansicht, daß einem verletzten Dritten eine Beschwerde nach § 685 überhaupt nicht zusteht, durch die Judicatur des Reichsgerichts nicht für widerlegt ansehen.

## VIII. Ueber den Einfluß der geltenden Executionsordnung auf den Interventionsproceß und die bevorstehende Revision derselben.

Den Umfang der Pfändbarkeit der beweglichen Vermögensstücke und der ausstehenden Forderungen des Schuldners anlangend, hat der mit wenigen Abänderungen zum Gesetz erhobene Entwurf der C.P.O. nicht wesentlich neue Bahnen beschritten.

Zu dem § 687 des Entwurfs (§ 708 des Ges.) sagen die Motive (Hahn S. 449):

> »Nachdem die Strenge der Zwangsvollstreckung durch die Aufhebung der Personalhaft (Reichsgesetz vom 29. Mai 1868) und der Lohnbeschlagnahme (Reichsgesetz vom 21. Juni 1869) gemildert ist, bietet ein energisches rücksichtsloses Drängen auf Einhaltung der eingegangenen Verbindlichkeiten für den Gläubiger eine Ausgleichung, von welcher eine Einwirkung auf die Herstellung gesunder Creditverhältnisse in ähnlicher Weise wie von den beregten Beschränkungen der Zwangsvollstreckung erwartet werden darf.«

Nach den Motiven (Hahn S. 453) zum § 664 (§ 715 des Ges.) entsprechen die aufgestellten Beschränkungen der Pfändung ohne erhebliche Abweichungen nach den allegirten Landesgesetzen den bestehenden Rechten.

Zu dem gleichfalls im wesentlichen angenommenen § 696 (§ 749 des Ges.) lauten die Motive (Hahn S. 160):

»Die hier aufgestellten Beschränkungen beruhen wie die Beschränkungen der Pfändung körperlicher Sachen theils auf einer billigen Rücksichtsnahme gegen den Schuldner, theils auf dem öffentlichen Interesse und entsprechen den beigefügten Allegaten nach im wesentlichen den bestehenden Bestimmungen.«

Die Einräumung des Pfändungspfandrechts und die selbständige Thätigkeit der auf Gebühren angewiesenen Gerichtsvollzieher hat inzwischen jedoch seit der Geltung der C.P.O. rücksichtlich der Pfändung beweglicher Sachen immer entschiedener zu lebhaften Klagen über die Härten der geltenden Executionsordnung geführt.

Ich schließe mich unbedenklich diesen Klagen nach den durch eine langjährige Praxis gewonnenen Eindrücken in Beziehung auf den Umfang der Pfändbarkeit beweglicher Sachen in gewissen Grenzen an.

Die jetzt geltenden Einschränkungen der Pfändbarkeit erscheinen unzulänglich. Sie sichern dem Schuldner mehr oder minder nicht genügend die Möglichkeit, für sich und seine Familie wirthschaftlich fortzuexistiren. In vielen Fällen ist der Schuldner nach einer erschöpfenden Mobiliarpfändung außer Stande sein Erwerbsgeschäft fortzusetzen. Er muß dann eine andere Erwerbsquelle suchen, oder sein Geschäft durch Scheinverträge auf einen Dritten übertragen, um es so unter fremden Namen fortsetzen zu können.

Ausreichend geschützt gegen Pfändung erscheinen nach § 749 C.P.O. und dem von demselben in Bezug genommene Reichsgesetze vom 21. Juni 1869 über die Beschlagnahme des Dienst- und Arbeitslohns die dort genannten zum Unterhalt für Privatpersonen und Beamte unentbehrlichen Einkünfte des Schuldners. Das Gesetz vom 21. Juni 1869 hatte schon in der geltenden Executionsordnung eine socialpolitisch weit reichende Milderung eintreten lassen.

Rücksichtlich der Pfändbarkeit von beweglichen Sachen schützt der § 715 C.P.O. sachgemäß unter Nr. 3 u. 5 den Landwirth und unter Nr. 6, 7, 8 die dort genannten Functionäre und Apotheker gegen Pfändung unentbehrlicher Gegenstände und Geldbeträge.

Die Nummern 1 und 2 des § 715 l. c. schließen generell von der Pfändbarkeit die Kleidungsstücke, Betten, das Haus- und Küchengeräth insbesondere die Heiz- und Köchöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind, und ebenso die auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel von der Pfändbarkeit aus.

Mit v. Wilmowski u. L. (Kommentar Anm. 2 zu § 715) ist im Hinblick auf § 15 I 2. A.L.R. anzunehmen, daß zu dem unpfändbaren Hausgeräth auch die unentbehrlichsten Möbel zu rechnen sind.

Zu eng gefaßt erscheint jedoch die Einschränkung in Nr. 4 des § 715, wonach bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebeammen nur die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände für unpfändbar erklärt sind.

Das Wort »persönlich« dürfte zu streichen sein. v. Wilmowski u. L. haben in der Anm. 9 l. c. zutreffend hervorgehoben, daß bei wörtlicher Auslegung der Vorschrift das Handwerkszeug der Gehülfen, des Künstlers oder Handwerkers von der Pfändung nicht ausgeschlossen seien. Darin liegt aber eine unbillige Einschränkung des freizulassenden Fortbetriebs des Erwerbsgeschäfts des Schuldners in dem bisherigen Umfange.

Erheblicher ist noch die Thatsache, daß Künstlern und Handwerkern auch alle zum Fortbetriebe des Geschäfts vorfindlichen Vorräthe und Materialien abgepfändet werden können, und dadurch dem Schuldner bei mangelndem Credit zu neuen Anschaffungen die Fortsetzung des Geschäfts unmöglich gemacht wird, auch wenn ihm das gesammte Handwerkszeug belassen ist.

Der Beschluß des IV. C.S. des R.G. vom 11. April 1895 (Entsch. XXXV S. 382) hat nach den Motiven zutreffend ausgeführt, daß zur persönlichen Ausübung des Berufs die vorhandenen Vorräthe und Materialien nach Nr. 4 des § 715 nicht unentbehrlich und daher pfändbar seien.

Ohne einen gewissen Bestand an Materialien ist der Fortbetrieb eines Geschäfts jedoch ausgeschlossen, soweit der Künstler und der Handwerker weder Mittel noch Credit zur Anschaffung neuer Rohstoffe besitzt. Andererseits müssen die über das nächste Bedürfniß hinaus vorgefundenen Materialien als entbehrlich pfändbar sein. Die Nr. 4 des § 715 dürfte daher dahin zu erweitern sein, daß bei Künstlern und Handwerkern die zur Fortsetzung ihres Geschäfts unentbehrlichen Vorräthe und Materialien der Pfändung nicht unterworfen seien. Dem Gerichtsvollzieher würde damit ein gewisses discretionäres Ermessen eingeräumt, welches ihn zu einer Rückfrage bei einem Sachverständigen im einzelnen Falle nöthigen kann, wie dies nach Nr. 5 des § 715 zur Feststellung der bis zur nächsten Ernte unentbehrlichen landwirthschaftlichen Erzeugnisse oft erforderlich sein

wird. Es wird aber auch der Begriff »Handwerker« in der Nr. 4 des § 715 eine sehr wesentliche Erweiterung durch Substitution des Wortes »Gewerbetreibende« erfahren müssen, da große Kategorieen von Geschäftsleuten und Producenten zur Zeit absolut schutzlos gegen Pfändungen ihrer Erwerbs- und Productionsmittel sind.

Ein Droschkenbesitzer treibt zwar ein Gewerbe, ist aber der Ansicht des Kammergerichts zu Berlin entsprechend (Busch Archiv Bd. 14 S. 267) kein Handwerker. Er kann daher z. B. wegen einer Futterschuld der Pfändung seines Pferdes und seines Wagens nicht widersprechen. Damit ist er völlig außer Nahrungsstand gesetzt und erwerbslos; dasselbe Schicksal trifft den Inhaber eines größeren Fuhrgeschäfts, wenn ihm sämmtliche Wagen und Pferde gepfändet werden, wiewohl auch unter dem Schutz der Nr. 4 des § 715 eine theilweise Pfändbarkeit der Erwerbsmittel aus dem Gesichtspunkte der Entbehrlichkeit fernerhin Platz greifen würde.

Um einer solchen Pfändung des ganzen Fuhrinventars bei schlechten Conjuncturen und drohendem Vermögensverfall vorzubeugen, wird gegenwärtig häufig dieses Inventar ernstlich oder zum Schein unter Miethsvorbehalt an die Ehefrau oder an Dritte veräußert und beziehungsweise im Falle Scheingeschäfts nach eingebürgertem populären Ausdruck verschoben.

In einer ganz ungünstigen Lage befindet sich auch der gewerbetreibende Bauunternehmer, der oft kein Handwerker ist, oder doch sein Handwerk nicht ausübt. Wenn ein verschuldeter Bauunternehmer auf dem Bauplatz des Bauherrn für seine Rechnung Mauersteine, Balken, Eisentheile zum Zwecke des Verbauens hat anfahren lassen, kann z. B. ein Wechselgläubiger diese sämmtlichen dem Schuldner gehörenden beweglichen Sachen ohne jedes Widerspruchsrecht des Schuldners, oder eines Dritten pfänden lassen, da nach dem A.L.R. die fremden Materialien nicht Zubehör des Grundstücks sind. Der erweiterte Schutz der Nr. 4 des § 715 würde diese zum Hausbau unentbehrlichen Materialien dem gewerbetreibenden Bauunternehmer gegenüber unpfändbar machen. Jetzt muß mit der Pfändung der Bau still stehen, wenn der Unternehmer weder Mittel noch Credit zur Neuanschaffung der gepfändeten Materialien hat. Der Unternehmer und der Bauherr sind beiderseits benachtheiligt, und nicht minder die Lieferanten der Materialien, welche dieselben auf Credit verabfolgt hatten.

Um solchen Geschäftsstörungen und Verlusten vorzubeugen hat

sich bereits die geschäftliche Praxis entwickelt, daß seitens der Lieferanten unsicheren Unternehmern gegenüber ernstlich, oder zum Schein die Materialien nur unter dem ausgesprochenen Vorbehalt des Eigenthums bis zur wirklichen Inädification derselben veräußert werden.

Gewerbetreibende sind aber auch die Fabrikanten, welche über den Handwerkbetrieb hinaus produciren und rücksichtlich der Pfändung ihres gesammten beweglichen Vermögens über die generellen Bestimmungen der Nr. 1 u. 2 des § 715 nicht geschützt sind. Sie entbehren gegenwärtig sogar den den Handwerkern gewährten Schutz, und können ihnen daher selbst die zum Betriebe ihres Gewerbes unentbehrlichsten Gegenstände abgepfändet werden.

Jeder Fabrikbesitzer kann durch Pfändungen zur sofortigen Einstellung seines Gewerbes genöthigt werden, da außer den gesammten Betriebsvorräthen die sämmtlichen Maschinen und Fabrikutensilien soweit gepfändet werden können, als sie nicht als Theile oder Zubehörungen eines dem Schuldner gehörigen Grundstücks dem Widerspruchsrecht der Realberechtigten nach § 206 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 unterliegen. Auch in dieser Beziehung hat die Praxis des Geschäftslebens ein Vorbeugungsmittel gegen derartige Pfändungen darin gesucht und gefunden, daß die Verkäufer der Maschinen ernstlich, oder zum Schein sich das Eigenthum an denselben suspensiv bis zur Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten, und bis dahin die verkauften Gegenstände den gewerbtreibenden Käufern leihen oder vermiethen.

Daß über die Ernstlichkeit derartiger Verträge mit Bauunternehmern und Fabrikanten vielfach im Interventionsprocesse gestritten wird, liegt auf der Hand.

Unzweifelhaft sind nun die nächsten und sichersten Pfändungsobjecte außer der entbehrlichen häuslichen Einrichtung bei Künstlern, Handwerkern und Gewerbtreibenden die ihnen gehörigen in ihrem Gewahrsam befindlichen, zum Verkaufe fertig gestellten Waaren gleichviel, ob sie dieselben aus eigenem Material gefertigt, oder angeschafft haben. Unfertige Waaren, z. B. die im Wasser liegenden Felle des Gerbers, eignen sich zur Pfändung nicht, weil sie einen gewöhnlichen Versteigerungspreis nicht haben.

Gewerbtreibende sind auch alle Handelsleute und Kaufleute, deren gesammter Bestand an verkäuflichen Waaren pfändbar ist und dies bleiben muß. Ein Unterschied von Minder- und Vollkaufleuten fällt dabei nicht in das Gewicht. Die lediglich Handel trei-

benden Schuldner können nur durch neue Anschaffung, sei es auch auf Credit, ihr Erwerbsgeschäft fortsetzen, da ein Theil der Waaren als zum Fortbetriebe unentbehrlich sich nicht aussondern läßt. Die wünschenswerthe generelle Unpfändbarkeit aller Ladeneinrichtungen läßt sich jedoch dadurch rechtfertigen, daß man sie nach Nr. 1 des § 715 als zum unentbehrlichen Hausrath gehörig ansieht.

Derselbe Gesichtspunkt wird durchgreifen, wenn einem concessionirten Privatlehrer das Inventar seiner Schulzimmer gepfändet werden soll. Ich bin nun weit davon entfernt, zu behaupten, daß mit der Beseitigung der vorgedachten Härten der zur Zeit geltenden Executionsordnung die Widerspruchsklagen nach § 690 verschwinden, oder auch nur erheblich seltener die Gerichte beschäftigen werden. Diese Klagen werden so lange fortdauern, als das erklärliche Bestreben der Schuldner, erfolgreichen Pfändungen vorzubeugen oder sie unschädlich zu machen, bestehen bleiben wird. Das gilt namentlich von den Versuchen, das Mobiliar durch Scheingeschäft unpfändbar zu machen, und von der scheinbaren Uebertragung des ganzen Geschäfts an dritte Personen, das unter Umständen ernstlich gemeint sein kann, häufig aber nur simulirt ist und dann zu schwierigen thatsächlichen Erörterungen darüber führt, wer der eigentliche Geschäftsherr ist.

Es wird auch weiterhin noch, wie vielfach in neuerer Zeit, der ernstliche oder simulirte, schriftliche oder notarielle antichretische Pfandvertrag benützt werden, um pfändbare Miethsverträge von fertig gestellten, oder selbst noch im Ausbau begriffenen Gebäuden der Pfändung zu entziehen.

Diese Scheinverpfändung kann auch einem wirklichen Personal- oder Realgläubiger gegenüber erfolgen. Oftmals aber scheitert die Verbindlichkeit eines solchen Geschäfts, ganz abgesehen von der Ernstlichkeit, schon an der nothwendigen Voraussetzung der wirklichen Naturalübergabe des verpfändeten Grundstücks an den Pfandnehmer.

Das Urtheil des V. C.S. des R.G. vom 23. September 1893 (Entsch. XXXI S. 315) und das desselben Senats vom 21. Januar 1895 (J.W. 1895 S. 106 Nr. 13) haben zutreffend ausgesprochen, daß zur Gültigkeit der antichretischen Verpfändung eines Immobile außer der Schriftlichkeit des Vertrags und der Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch nach den §§ 99 und 111 I 20 A.L.R. auch die Naturalübergabe des Grundstücks an den Pfandnehmer unbedingt erforderlich ist. Das jüngste Urtheil desselben Senats vom 21. De-

zember 1895 (J. W. 1896 S. 85 Nr. 86) spricht sich noch dahin aus, daß der § 111 l. c. eine wirkliche Besitzergreifung seitens des Pfandnehmers voraussetze, und daher zur Uebergabe die bloße in dem Vertrage ausgesprochene Besitzentschlagung seitens des Vorpfänders nicht genüge. Ob der Besitz durch Anweisung übertragen werden könne, was zu bejahen sein dürfte, wird bei dem Mangel einer entsprechenden Behauptung unerörtert gelassen.

Ein Grundstück kann selbstverständlich nicht wie eine bewegliche Sache von Hand zu Hand übergeben werden; das constit. possess., z. B. durch Uebertragung der vollen Verwaltung des Grundstücks an den Verpfänder, ist durch § 105 I 20 A.L.R. ausdrücklich ausgeschlossen. Die Uebergabe der Schlüssel zu einem Hause, welches von Miethern bezogen ist, wäre nur ein Act unzureichender symbolischer Uebergabe. Es muß der thatsächliche Besitzantritt seitens des Pfandnehmers betheiligten Dritten bekannt gemacht werden. Darnach bedarf es zur Uebergabe bei einem Miethshause einer mündlichen oder schriftlichen gemeinschaftlichen Erklärung des Verpfänders und des Pfandnehmers den Miethern gegenüber dahin, daß der Besitz und die Verwaltung des Grundstücks auf den letzteren übergegangen, und an diesen die weiteren Miethsraten zu zahlen seien. Die bloße Ausantwortung der Miethsverträge an den Pfandnehmer erscheint zu diesem Zwecke nicht ausreichend. Dagegen wird es statthaft sein, daß der Pfandnehmer den Verpfänder zur thatsächlichen Erhebung der fälligen Miethen im Auftrage des ersteren rite bevollmächtigt. Es kann auch laut Abrede dem Eigenthümer eine Wohnung in dem Hause selbst ohne die Verpflichtung zur Miethszahlung überlassen werden. Entscheidend ist aber für die wirkliche Uebergabe und die Ernstlichkeit des ganzen Geschäfts die Verrechnung der Einkünfte des Grundstücks nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu Gunsten des Pfandnehmers, welcher nach Abzug der von ihm bestrittenen Lasten, Zinsen und Verwaltungskosten den Ueberschuß zur Tilgung der Forderung verwenden soll, zu deren Sicherung ihm das nutzbare Pfand verschrieben worden ist.

Wenn auch alle sonstigen vorerörterten Voraussetzungen erfüllt, die Revenüen des Pfandgrundstücks aber ganz oder zum Theil in der Hand des Verpfänders verblieben sind, dann ist dennoch ein verbindliches antichretisches Pfandgeschäft zu verneinen. Obschon hiernach unlautere Scheingeschäfte zur Täuschung und Benachtheiligung der Gläubiger und die darauf gestützten Interventionsprocesse durch Acte

der Gesetzgebung nicht zu beseitigen sind, so ist es dennoch eine Aufgabe derselben, eine Einschränkung der Pfändbarkeit beweglicher Sachen in dem erörterten Sinne eintreten zu lassen, um den zahlungsunfähigen Schuldner mehr, wie dies gegenwärtig der Fall ist, dagegen zu schützen, daß eine einzige Mobiliarpfändung ihn völlig wirthschaftlich außer Nahrungsstand setzt. Es drängt auch der Zug der Zeit, die schwächeren Schultern zu entlasten, zur Lösung dieser sozialpolitischen Aufgabe.

Die Erhaltung des Schuldners im Nahrungsstande liegt aber auch im Interesse des Gläubigers, weil die Möglichkeit der Befriedigung desselben aus dem späteren Erwerbe des Schuldners nicht ausgeschlossen ist. Andererseits darf die Schonung des Schuldners nicht soweit zum Nachtheile des Gläubigers gesteigert werden, daß dieser durch die Erfolglosigkeit der versuchten Beitreibung seiner vollstreckbaren Forderungen selbst in die Gefahr geräth, in seinem Nahrungsstande erheblich beeinträchtigt zu werden.

Pfändbar muß hiernach das ganze Vermögen des Schuldners bleiben, vorbehaltlich der gesetzlich schon getroffenen Ausnahmen und der Unpfändbarkeit aller beweglichen Sachen, welche für den Schuldner zum Fortbetriebe seines Erwerbsgeschäfts nothdürftig unentbehrlich sind.

Der Geheime Oberjustizrath Vierhaus hebt in seiner Recension der parlamentarischen Gutachten zu den österreichischen Civilproceßgesetzentwürfen (Jurist. Literaturblatt Bd. VII S. 231 Nr. 61) hervor, daß diese Gutachten im Ganzen in der Richtung einer größeren Schonung des Schuldners sich bewegen und selbst das Gericht ermächtigt wissen wollen, die Execution aufzuschieben, wenn die unverzügliche Durchführung das wirthschaftliche Verderben des Verpflichteten herbeiführen oder befördern würde.

Obwohl der Grundgedanke dieses letzteren Vorschlags der vorerörterte ist, greift dieser bei schwieriger Ausführbarkeit doch zu tief in die Rechte des Gläubigers ein, der im Besitze eines vollstreckbaren Urtheils zu einem moratorium speciale nicht wohl gezwungen werden kann.

Abzusehen ist hier von den nicht zu einem Abschlusse gelangten parlamentarischen Bestrebungen im preußischen Abgeordnetenhause aus den Jahren 1890 und 1894 und der noch nicht erledigten Anregung im Juristentage von 1893 zu Augsburg hinsichtlich der Uebertragbarkeit des amerikanischen Heimstättengesetzes auf deutsche Verhältnisse.

Diese Frage ist noch wenig geklärt und betrifft auch nur den Schutz des kleineren Grundbesitzes durch Beschränkung der Zulässigkeit der Zwangsversteigerung auf Schulden bestimmter Art.

Dagegen hat das Plenum des Juristentages zu Augsburg im Jahre 1893 bereits definitiv folgenden Beschluß gefaßt:

»Die Bestimmungen der Civilproceßordnung über die Beschränkung der Zwangsvollstreckung sind revisionsbedürftig. Aufgabe der Revision muß der bessere Schutz derjenigen Vermögenstheile sein, die zur Führung einer geordneten Wirthschaft und zur ausgiebigeren Verwerthung der persönlichen Arbeitskraft des Haushaltungsvorstandes erforderlich sind.«

Dieser Beschluß practischer Richter und Anwälte ruht auf dem erörterten Gesichtspunkte, daß die Pfändung nicht die Erwerbsfähigkeit des Schuldners thatsächlich aufheben darf.

Ebenso hat der Reichstag nach Annahme des Bürg. Gesetzb. in der Sitzung vom 1. Juli 1896 die Resolution angenommen:

»die Erwartung auszusprechen, daß der Kreis der unpfändbaren Sachen erweitert, mindestens auf alle für den Erwerb oder Beruf des Schuldners unentbehrlichen Gegenstände ausgedehnt werde.«

Inzwischen ist auch seitens des Reichsjustizamtes eine selbständige Revision der Civilproceßordnung in den Gang gesetzt worden, welche nach Aeußerungen in der Presse außer anderen Punkten auch eine Abänderung der Bestimmungen der Civilproceßordnung über die Zwangsvollstreckung insbesondere durch Erweiterung der Zuständigkeit des Richters und des Kreises der Unpfändbarkeit umfassen soll.

## IX. Ueber den Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Pfändungspfandrecht und den Interventionsproceß.

Nach Art. 1 des Einführungsgesetzes vom 18. August 1896 tritt das verkündete Bürgerliche Gesetzbuch mit dem 1. Januar 1900 in Kraft, gleichzeitig mit einem Gesetze, welches unter Anderem auch Aenderungen der C.P.O. enthält. Dieses Gesetz liegt bis jetzt nur in einem von der zweiten Kommission verfaßten Entwurfe vor, welcher mit Rücksicht auf die Bestimmungen des neuen Gesetzbuches Abände-

rungen hinsichtlich des Pfändungspfandrechts und zum § 690 l. c. nicht enthält.

Darnach erscheint die processuale Natur der Widerspruchsklage und das singuläre lediglich durch die Bestimmungen der C.P.O. construirte und aus den allgemeinen Vorschriften über das Vertragspfand nicht zu ergänzende Pfändungspfandrecht durch das Bürgerliche Gesetzbuch gar nicht berührt.

Da jedoch nach den obigen Ausführungen die materielle Begründung der Widerspruchsklage lediglich aus dem geltenden Civilrecht zu entnehmen ist, tritt in dieser Beziehung das neue Gesetzbuch von der Zeit seiner Gesetzeskraft ab in Stelle der verschiedenen Landesrechte, welche bis dahin im Deutschen Reiche gelten.

Damit treten nun aber keineswegs die älteren Gesetze für alle Fälle außer Kraft. Der Art. 170 des Einführungsgesetzes bestimmt:

> »Für ein Schuldverhältniß, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend.«

Damit ist der allgemeine Grundsatz anerkannt, daß neue materielle Gesetze der Regel nach rückwirkende Kraft nicht haben und alle Rechtsansprüche rücksichtlich ihrer Gültigkeit, soweit nicht ausdrücklich Ausnahmen gemacht sind, nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, welche zur Zeit ihrer Entstehung oder ihres Verlustes gegolten haben. Darnach ist zu ermessen, ob das zur Begründung der Widerspruchsklage nachzuweisende, die Veräußerung des Pfändungsobjects hindernde Recht nach dem 1. Januar 1900 auf das neue oder das alte Civilrecht zu stützen ist.

Der Erwerb und der Verlust des Eigenthums an beweglichen Sachen ist von der Zeit der Geltung des neuen Gesetzes ab, nach den §§ 926 bis 936 desselben zu beurtheilen. Der Erwerb des Eigenthums durch Uebertragung vollzieht sich nach den Motiven zum ersten Entwurfe durch den abstracten dinglichen Vertrag und die Uebergabe. Darnach unterliegt künftig bei der Ernstlichkeit des auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten Willens, im Interventionsprocesse die Gültigkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts einer weiteren Bemängelung nicht mehr, wie dies mindestens nach preuß. Recht in gedachter Weise statthaft ist. Der Erwerb von dem Nichteigenthümer wird durch den guten Glauben geschützt, soweit die Sache nicht dem Eigenthümer in gedachter Weise abhanden gekommen ist.

Die auf Eigenthum oder Besitzrecht gestützte Widerspruchsklage ist auf die in den §§ 1006 und 1007 ausgesprochenen Vermuthungen zu gründen, welche auch dem beklagten Pfändungsgläubiger aus der Person des Vollstreckungsschuldners zu gute kommen können.

Der Art. 181 des Einführungsgesetzes sagt im Absatz 1 noch ausdrücklich:

> »Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Eigenthum finden von dieser Zeit an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.«

Es greift auch ferner die dingliche Widerspruchsklage auf Grund eines Nießbrauchsrechts am Pfändungsobjecte Platz, da der Nießbrauch nach den §§ 1030 und flg. als persönliche Dienstbarkeit anerkannt ist.

Der Pächter kann allerdings, wie bisher nach dem A.L.R., wegen der Pfändung stehender Früchte nicht mehr dinglich klagen, da ihm, gleich dem Miether, nach § 581 Abs. 2 nur obligatorische, wenn auch nach § 571 gegen Sondernachfolger des Verpächters geschützte Rechte zustehen. Es wird ihn dagegen die Widerspruchsklage in der Form der später zu erörternden Besitzstörungsklage schützen.

Die Natur der Widerspruchsklage, soweit sie gegenwärtig auf rein obligatorische Ansprüche gestützt werden kann, erleidet mit der Geltung des Bürg. Gesetzb. keine Veränderung. Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache, welches erörtertermaßen auch durch constit. possess. nach dem Bürg. Gesetzb. bestellt werden kann, giebt wie bisher nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der verpfändeten Sache, und demnach nur eine Klage nach § 710, und nicht nach § 690 C.P.O.

Nach den Allegaten zum § 1267 des Bürg. Gesetzb. erwirbt der gutgläubige Pfandnehmer auch an einer ihm verpfändeten fremden Sache ein Pfandrecht. Dieser für das Vertragspfandrecht ausgesprochene Grundsatz kann auf das durch den Gerichtsvollzieher ohne Mitwirkung des Schuldners nach der C.P.O. constituirte Pfändungspfandrecht jedoch nicht Anwendung finden. Es ist in dieser Beziehung selbst denjenigen gegenüber, welche dem Pfändungsgläubiger wirklichen Pfandbesitz an den gepfändeten Gegenständen zusprechen, analogisch auf das oben allegirte Urtheil des III. C.S. des R.G. vom 20. Mai 1890 (Entsch. XVI S. 111) hinzuweisen, nach welchem der gutgläubige Pfandnehmer fremder Sachen gemäß Art. 206 des H.G.B. nur auf einen Pfandvertrag sich beziehen kann.

Anderenfalls wäre die Widerspruchsklage ausgeschlossen, wenn der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung gemäß der §§ 1207 und 932 des Bürg. Gesetzb. nicht erfahren und aus grober Fahrlässigkeit nicht gewußt hätte, daß er dem Schuldner nicht gehörige Sachen gepfändet habe.

Die Besitzstörungsklage wird dem Dritten, aus dessen Gewahrsam oder Mitgewahrsam Sachen ohne seine Zustimmung gepfändet worden sind, auch nach dem Bürg. Gesetzb. zustehen, während Art. 180 des Einf.Ges. bestimmt, daß auf ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürg. Gesetzb. bestehendes Besitzverhältniß von dieser Zeit ab ꝛc. die Vorschriften des Bürg. Gesetzb. Anwendung finden. Es müßte die Zulässigkeit dieser Klage allerdings verneint werden, wenn der § 862 l. c., welcher lautet:

> »Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung fordern.«

nur auf bewußte und nicht auch auf bloße irrthümliche rechtswidrige Eingriffe des Gerichtsvollziehers in den Gewahrsam eines Dritten angewendet werden dürfte.

Zur Auslegung des Begriffs der »verbotenen Eigenmacht« im § 862 ist auf die Stelle der Denkschrift zum zweiten Entwurfe des Bürg. Gesetzb. S. 110 im 3. Absatz Bezug zu nehmen, welche lautet:

> »Zum Begriffe der verbotenen Eigenmacht gehört nicht, daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässigerweise entzogen worden ist.«

Hiernach ist die Besitzklage gegen jede thatsächliche irrthümliche Pfändung aus dem Gewahrsam eines Dritten wider dessen Willen gestattet, gleichviel, ob der Gerichtsvollzieher die Grenzen seiner amtlichen Befugnisse überschritten, oder sich innerhalb derselben gehalten hat.

Die Widerspruchsklagen der Ehefrauen und Ehemänner in Beziehung auf Pfändungen während der Ehe sind nach den materiellen güterrechtlichen Bestimmungen des Bürg. Gesetzb. zu begründen. Dieselben äußern sich auch speciell über die Legitmation zur Klage.

Nach Art. 200 Abs. 1 des gedachten Einf.Ges. bleiben für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürg. Gesetzb. bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend. Darnach findet

das neue Gesetzbuch nur auf die seit seiner Geltung geschlossenen Ehen Anwendung. Das Bürg. Gesetzb. behandelt getrennt das gesetzliche und das vertragsmäßige Güterrecht in seinen verschiedenen Unterarten. In letzterer Beziehung muß auf eine eingehende Erörterung der speciellen Legitimationsfragen zur Erhebung der Widerspruchsklage hier verzichtet werden. Sie ergeben sich aus der Natur der Verhältnisse und den getroffenen Vorschriften.

Nach dem gesetzlichen Güterrecht, soweit es nicht nach § 1422 l. c. durch einen vor oder nach Eingehung der Ehe zwischen den Ehegatten geschlossenen Vertrag außer Kraft tritt, unterwirft der § 1363 l. c. das Vermögen der Frau der Verwaltung und der Nutznießung des Mannes als Eingebrachtes. Zu dem eingebrachten Gute gehört auch das Vermögen, welches die Frau während der Ehe erwirbt.

Das in den §§ 1365 bis 1371 l. c. näher bezeichnete Vorbehaltsgut der Frau unterliegt dieser Verwaltung und Nutznießung nicht.

Nach § 1376 l. c. kann der Mann ohne Zustimmung der Frau über eingebrachtes Geld und andere verbrauchbare eingebrachte Sachen der Frau verfügen. Nach der Denkschrift zum zweiten Entwurf S 189 ist die Einschränkung des nach § 247 II 1. A.L.R. dem Manne zustehenden freien Verfügungsrechts über die eingebrachten beweglichen Sachen unter dem Gesichtspunkte getroffen worden, daß unter verbrauchbaren Sachen die zum Umsatz und nicht zum dauernden Gebrauche bestimmten eingebrachten beweglichen Sachen zu verstehen sind.

Nach § 1408 l. c. ist das Recht, das dem Manne an dem eingebrachten Gute kraft seiner Verwaltung und Nutznießung zusteht, nicht übertragbar. Dem entspricht die ausdrückliche Bestimmung des § 1410 l. c., daß die Gläubiger des Mannes nicht Befriedigung aus dem eingebrachten Gute der Frau verlangen können.

Es kann daher auch künftig die Ehefrau gegen eine solche Pfändung, wie dies nach dem A.L.R. nur auf Grund der Verordnung vom 7. April 1838 (Pr.G.S. S. 255) gegenwärtig statthaft ist, gemäß § 690 C.P.O. interveniren.

Pfändbar sind für Schulden des Ehemanns die Nutzungen und Früchte des Eingebrachten, welche dieser nach § 1383 l. c. in derselben Weise und in demselben Umfange wie der Nießbraucher eigenthümlich erwirbt.

Nach § 1400 l. c. ist das Urtheil dem Manne gegenüber in

Ansehung des eingebrachten Gutes unwirksam, wenn die Frau einen Proceß ohne Zustimmung des Mannes führt, und ein zum eingebrachten Gute gehöriges Recht kann die Frau im Wege der Klage nur mit Zustimmung des Mannes geltend machen, dagegen bestimmt der § 1467 Nr. 4, daß die Frau für die gerichtliche Geltendmachung eines Widerspruchs gegenüber einer Zwangsvollstreckung der Zustimmung des Mannes nicht bedarf.

Hieraus ergeben sich für nach der Geltung des Bürg. Gesetzb. geschlossene Ehen Abweichungen von den oben im III. Abschnitt erörterten durch die Judicatur des Reichsgerichts festgestellten Grundsätzen für die Activlegitimation der Ehefrauen zur Anstellung von Interventionsprocessen in Beziehung auf ihr eingebrachtes Gut. Soweit der Mann künftig nicht mitklagen muß, wird er allerdings unter der Einschränkung des § 358 Nr. 4 C.P.O. in dem Processe zeugnißfähig. In den selbständigen Processen der Ehefrau über das Vorbehaltsgut ist er dies vollständig.

Was nun die erörterten Einwendungen des beklagten Pfändungsgläubigers anlangt, so ist der Anfechtungseinwand aus dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879 durch das Bürg. Gesetzb. in keiner Weise berührt worden.

Es steht aber auch der Simulationseinwand dem Beklagten weiterhin zu. Derselbe erscheint jedoch im practischen Ergebnisse minder durchgreifend.

Der § 117 des Bürg. Gesetzb. lautet:

»Wird eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständniß nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.

Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung.«

Der § 117 entspricht dem § 113 des zweiten Entwurfs. Die Denkschrift zu demselben äußert sich S. 18 dahin, daß die Nichtigkeit des Scheingeschäfts von den Parteien sowohl gegen einander, als auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden könne, und nicht minder Dritte sich darauf berufen könnten.

Der zweite Satz des § 117, welcher nicht mehr ein reines Scheingeschäft sondern ein verschleiertes dissimulirtes ernstliches Geschäft betrifft, hat mit dem Anerkenntniß der Gültigkeit des verschleierten Geschäfts den Widerspruchskläger günstiger gestellt.

Es ist schon erörtert worden, daß das Bürg. Gesetzb. eine Verpfändung beweglicher Sachen durch constit. possess. gestattet. Das Pfand kann z. B. durch einen Verwahrungsvertrag in dem Gewahrsam des Verpfänders belassen werden.

Es bedarf daher künftig keines Securitätsverkaufs mit rechtsgeschäftlichem Vorbehalt des Gewahrsams, um ein Pfandrecht zu schaffen. Der Pfandvertrag ist aber nicht nur gültig, wenn der Kauf ernstlich geschlossen ist, sondern nach dem zweiten Satze des § 117 l. c. selbst dann, wenn der Kauf nicht ernstlich gemeint war, sobald dies nur der Pfandvertrag ist.

Der Pfandnehmer als Securitätskäufer bedarf dann auch nach § 690 C.P.O. keiner Widerspruchsklage mehr, weil er nach § 710 C.P.O. seine prioritätische Befriedigung aus dem Erlöse des Pfandes verlangen kann.

Aus den im IV. Abschnitt oben sub B. allegirten Urtheilen des Reichsgerichts ergiebt sich dagegen, daß nach preußischem und nach gemeinem Recht das verdeckte Geschäft auch unverbindlich ist, wenn das offene Geschäft nur zum Schein geschlossen worden. Darnach behält bis zur Geltung des neuen Gesetzbuches der ernstliche Securitätsverkauf seine practische Bedeutung gleich der später hinfälligen Frage, ob ein solcher Kauf gegenwärtig in den Gebieten, welche nur das Besitzpfand anerkennen, als in fraudem legis geschlossen, unverbindlich ist.

Es läßt sich hiernach annehmen, daß die materielle Begründung der Widerspruchsklage nach § 690 C.P.O. unter der Herrschaft des Bürg. Gesetzb. zwar nach einzelnen Seiten hin abweichen, die Zahl der Klagen sich aber nicht wesentlich verringern wird. Unverändert bleiben auf lange Jahre hinaus die Interventionsklagen der Eheleute, soweit dieselben ihre Ehe vor der Geltung des Bürg. Gesetzb. eingegangen sind. Es werden soweit auch die gegenwärtig geltenden Grundsätze rücksichtlich der Activ- und Passivlegitimation zur Klage in Kraft bleiben.

**Berlin.**

Druck von Martin Oldenbourg,

Adler-Straße 5.

# Beiträge
zur
# Erläuterung des Deutschen Rechts.

Begründet von Dr. J. A. Gruchot.

Herausgegeben von

**Dr. Rassow,** Reichsgerichtsrath,

**Dr. Küntzel,** Oberlandesgerichts-Präsident u. Wirkl. Geh. Oberjustizrath,

und

**Dr. Erxius,** Oberlandesgerichts-Präsident und Wirkl. Geh. Oberjustizrath.

1897. **Sechste Folge. Erster Jahrgang.**

(Der ganzen Reihe der Beiträge XLI. Jahrgang.)

**Subscriptionspreis für den Jahrgang M. 15,—.**

Preis nach vollständigem Erscheinen M. 18,—.

---

# Jahrbuch
für
# Entscheidungen des Kammergerichts
## in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen

herausgegeben von

**Reinhold Johow,** Geh. Oberjustizrath.

**Fünfzehnter Band.**

1896. X u. 500 S. gr. 8°. Geheftet M. 7,—. Gebunden M. 8,20.

---

# Bürgerliches Gesetzbuch
## für das Deutsche Reich
## nebst dem Einführungsgesetz.

Vom 18. August 1896.

Text-Ausgabe mit ausführlichem Sachregister.

**Revidirter Neudruck.**

33 1/8 Druckbogen 8° in vorzüglicher Ausstattung.

Preis: Geheftet M. 3,—. Gebunden M. 3,60.

Diese Textausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst Einführungsgesetz ist mit dem amtlichen Text genau übereinstimmend. Dieselbe ist auf mehrfache Anregung aus dem Kreise befreundeter Juristen veranstaltet worden, weil die vor Publikation des Gesetzes erschienenen Ausgaben nachweislich mehr oder minder incorrect sind.

Nessel, Theodor,

<<Das>> Pfändungspfandrecht und der Interventionsprozeß nach preußischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen und rheinischen Rechts systematisch und kritisch erörtert

Berlin 1897